الجـمهـورية الجـزائـريـة الـديـمقـراطيـة الـشـعبيـة

وزارة التعـليم العـالي و الـبـحث الـعـلـمي

جـامـعـة الجـزائـــر

كلية الحقوق - بن عكنون

المباني المقامة على أرض الغير في القانون الجزائري

بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في الحقوق

فرع عقود و مسؤولية

إعـداد الـطالـبة : آسيا جـرورو

تـحت إشـراف: د/ الطـيب زروتـي

أعضـاء لجـنـة الـمناقـشـة :

١ -الأستاذ : بن عزي الأخضر رئيسـا.

٢- الأستاذ : الطيب زروتي مقـررا.

٣- الأستاذة: خواص جويدة عضـوا .

الـسنـة الجـامـعيـة : ٢٠٠٣ / ٢٠٠٤

الإهداء

إلى من قال فيهما الرحمان (و بالوالدين إحسانا)

إلى الذين إنتظرا بتلهف إنهاء هذا العمل

أمي و أبي

إلى أختي سميرة

إلى إخوتي سفيان جابر هارون

إلى كل عائلتي

إلى كل زميلاتي و زملائي

إلى من يدافع عن الحق في كل مكان

إلى كل هؤلاء أهدي ثمرة هذا العمل المتواضع.

شكر وعرفان

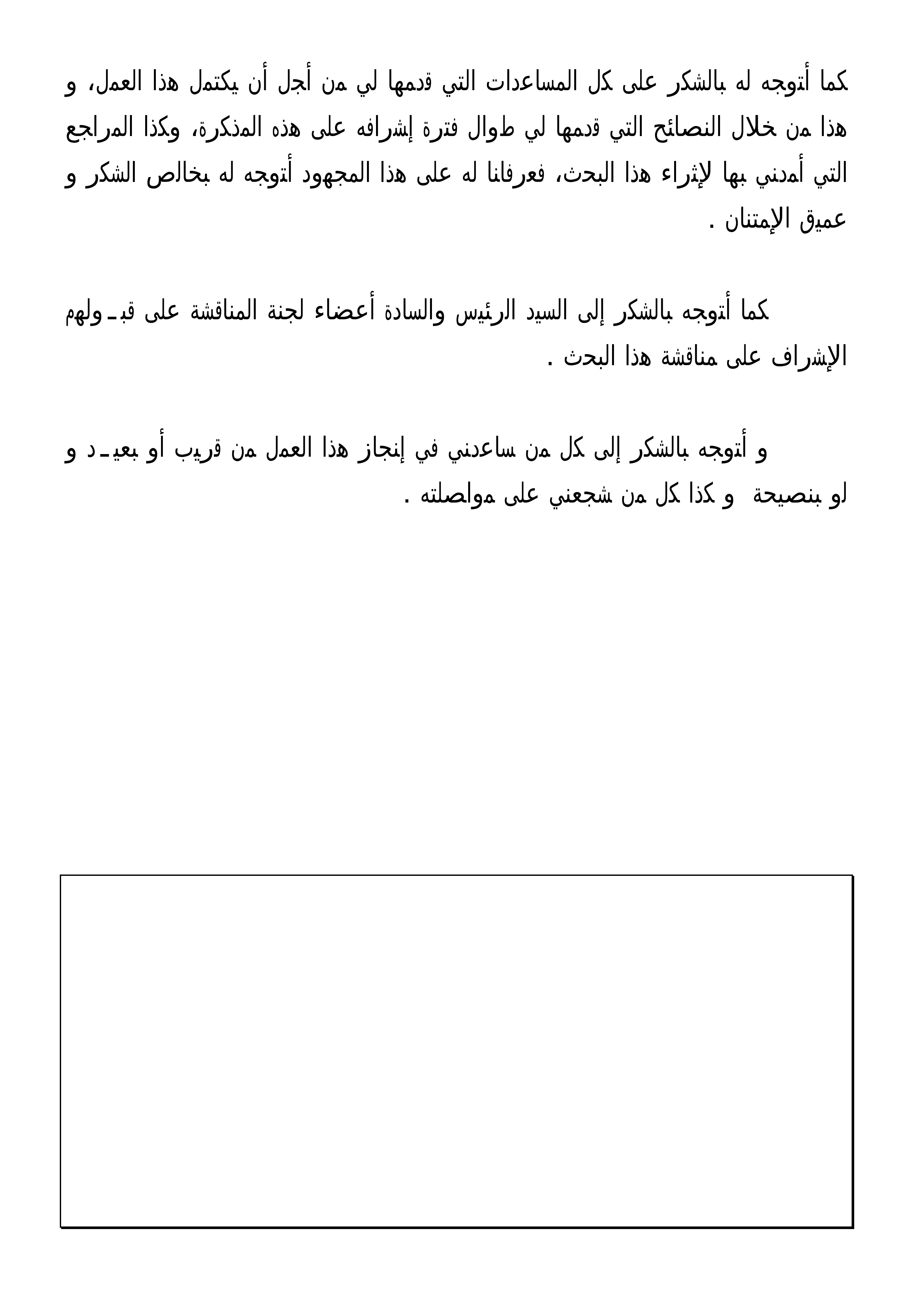
بعون ا و توفيقه تم إنجاز هذا العمل فأحمده تعالى أن يسر لي سبل إتمامه و أعانني على ذلك .

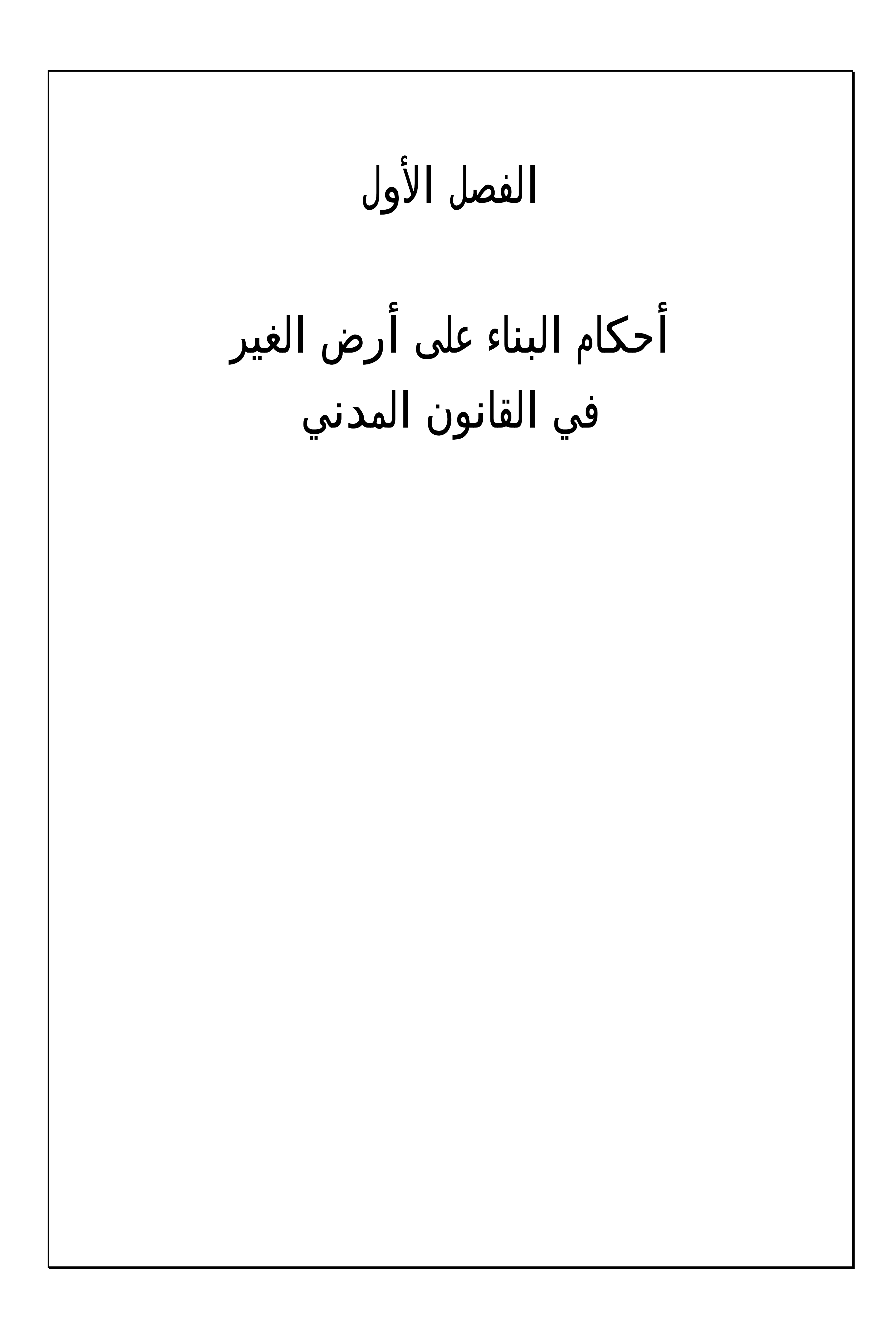
ثم أتوجه بالشكر الجزيل إلى الأستاذ الدكتور الطيب زروتي على قبوله الإشراف على هذا العمل .

كما أتوجه له بالشكر على كل المساعدات التي قدمها لي من أجل أن يكتمل هذا العمل، و هذا من خلال النصائح التي قدمها لي طوال فترة إشرافه على هذه المذكرة، وكذا المراجع التي أمدني بها لإثراء هذا البحث، فعرفانا له على هذا المجهود أتوجه له بخالص الشكر و عميق الإمتنان .

كما أتوجه بالشكر إلى السيد الرئيس والسادة أعضاء لجنة المناقشة على قبـولهم الإشراف على مناقشة هذا البحث .

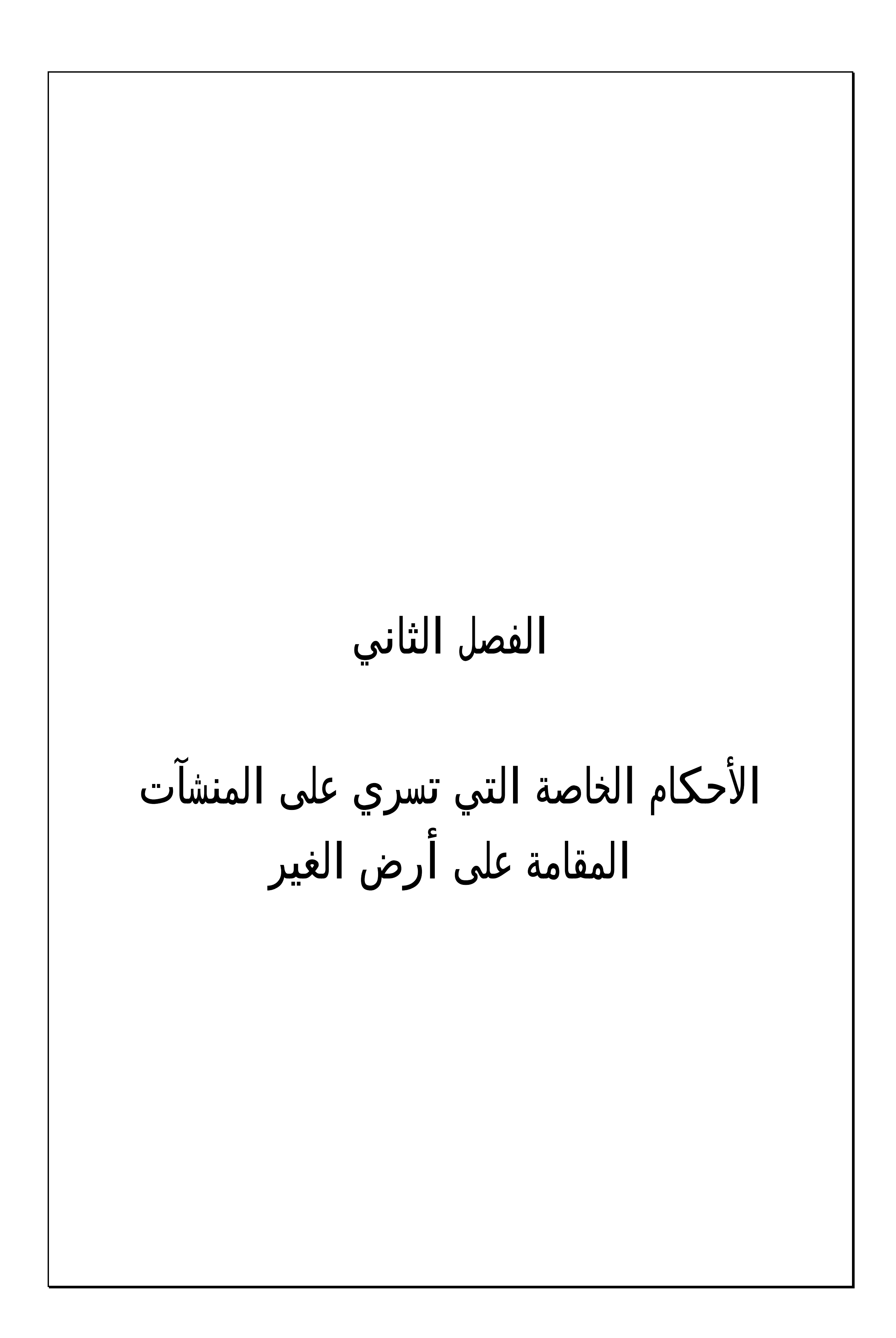
و أتوجه بالشكر إلى كل من ساعدني في إنجاز هذا العمل من قريب أو بعيـد و لو بنصيحة و كذا كل من شجعني على مواصلته .





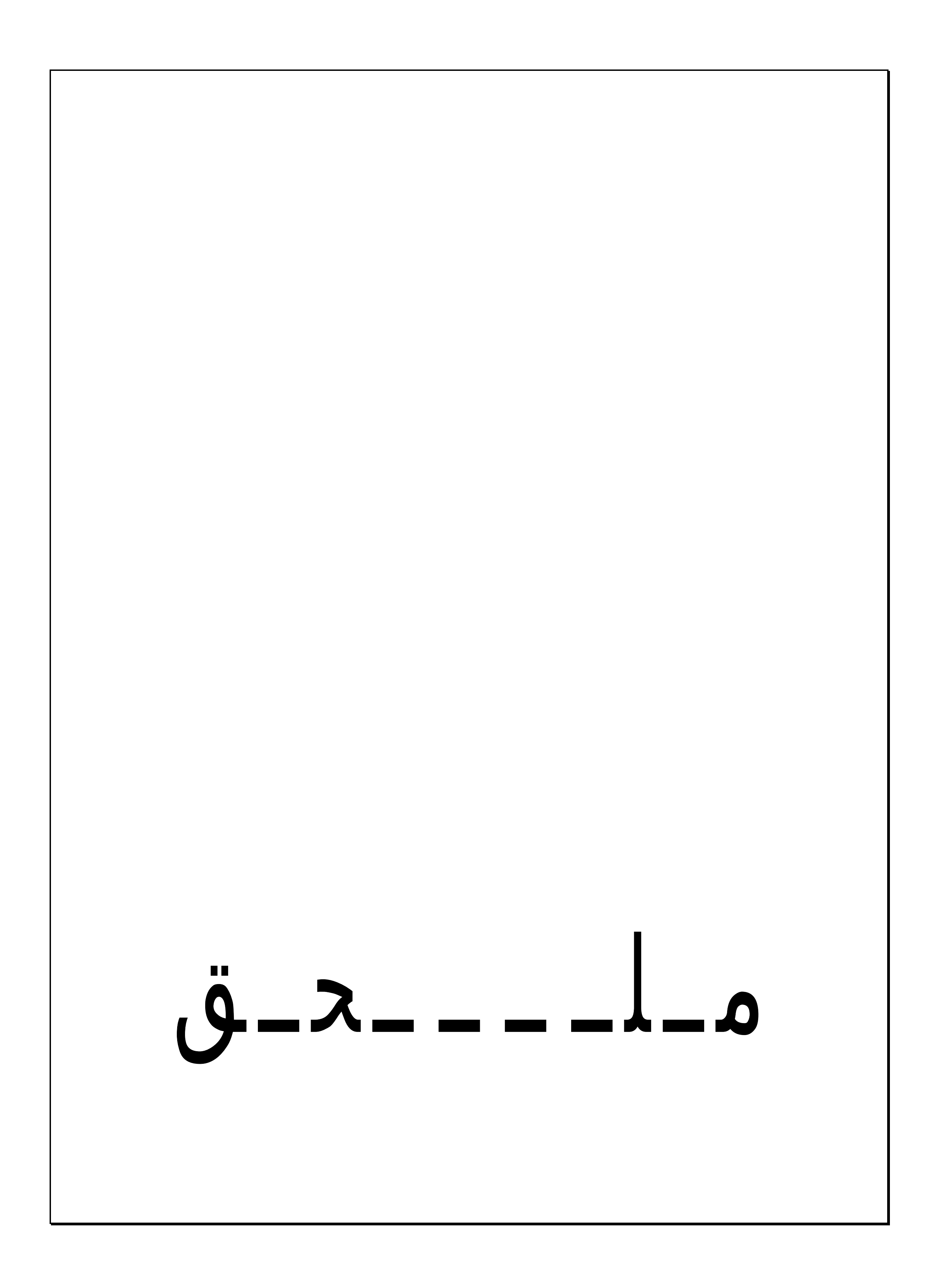
الفصل الأول

أحكام البناء على أرض الغير
في القانون المدني



الفصل الثاني

الأحكام الخاصة التي تسري على المنشآت المقامة على أرض الغير


مـلـــــــحـق



المقدمة

تحضى الملكية العقارية في الوقت الراهن بأهمية كبيرة جعلت المشرع يهتم بها و ينظمها بعدة نصوص قانونية تهدف كلها إلى حمايتها .

فلا يخفى على أحد أن من أقوى الحقوق التي يتذرع بها الشخص حق الملكية، الذي خصص له المشرع في القانون المدني حيزا معتبرا من المواد .

لكن أهم ما برز في السنوات الأخيرة ظاهرة الإعتداء على الملكية العقارية، فإذا كانت الملكية أرضا فإن الإعتداء عليها يكون بالبناء عليها من قبل الغير، و هو أهم اعتداء يمكن أن يمس ملكية الأراضي .

و في هذا الإطار فإن الإعتداء على الملكية العقارية لا يكون من قبل الأفراد فحسب، وإنما يتسع ميدان النزاع في البناء على أرض الغير ليشمل الدولة و الجماعات المحلية، ذلك أن النزاع تتعدد أوجهه فنكون أمام نزاع بين الدولة و الجماعات المحلية أي أن الدولة تقوم بالبناء على أراضي ملك للجماعات المحلية أو العكس، أو نزاع بين الدولة و الخواص، أونزاع بين الخواص و الجماعات المحلية .

ففي ميدان تحويل ملكية الأراضي سواء من طرف الدولة إلى الجماعات المحلية ومن طرف هذه الأخيرة إلى الأفراد، فإن الإدارة غالبا لا تحترم إجراءات التحويل أو إجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة، و هذا راجع إلى الجهل بالقوانين، فإذا تم البناء على هذه الأراضي يتبين أنها ملك للبلدية أو الولاية أو الخواص فيكون البناء في هذه الحالة مقاما على أرض الغير، و من ثم فإن البناء على أرض الغير قد يكون من طرف الدولة أو الولاية أو البلدية على أراض ترجع ملكيتها إلى إحداها أو على أراض ملك للخواص .

غير أننا في إطار هذا البحث نقتصر على بحث حالة البناء على أرض الغير المقام من طرف الأفراد، دون أن ندخل في إطارالنزاع الذي تكون فيه الدولة و الجماعات المحلية هي من قام بالبناء على أرض الغير لإرتباطه أساسا بالقانون الإداري، و نقتصر فقط على البناء على أرض الغير سواء كانت البنايات مشيدة فوق أراض عمومية أو فوق أراض يملكها الخواص و لكن البناء يقام من طرف الأفراد أو الأشخاص المعنوية الخاصة .

و مهما يكن من أمر فإن ظاهرة البناء على أرض الغير قد برزت إلى الوجود بانتشارها

الواسع و فرضت هذه الظاهرة نفسها كموضوع يستدعي البحث لتوضيح الحلـول التـي يجب على المشرع القيام بها و الكفيلة بوضع حد لهذا التعدي .

وعلى هذا الأساس يعتبر موضوع البناء على أرض الغير من المواضيع الهامـة التي تستلزم البحث خصوصا أمام تفاقم أزمة السكن من جهة و إلى انعدام مخطط شـامل ينظم الملكية العقارية من جهة أخرى، إذ تبقى هذه الملكية إلى وقتنا هـذا غيـر محـددة المعالم و مهددة بالإعتداء عليها .

لقد كانت أحكام الأمر رقم ٧٥-٥٨ المؤرخ في ٢٦ سبتمبر ١٩٧٥ المتضمن القانون المدني هي أولى الأحكام التي تصدت لهذه الظاهرة و أوردت جملة من الحلول، فتحـت إطـار الأحكام المتعلقة بالإلتصاق أورد المشرع الحل و ركز على حسن أو سوء نية البـاني و جعل النية هي المحور الأساسي الذي تدور عليه أحكام الإلتصاق في مجموعها و هذا بعد توفر عدة شروط أخرى كعقد الملكية الرسمي و المشهر للأرض المقام عليها البناء .

لكن سرعان ما تبين على أرض الواقع أن التنظيم الوارد في القانون المدني لم يكن كافيـا لحل مشكل البناء على أرض الغير الذي أخذ يزداد يوما بعد يـوم، فنظـرا للإسـتغلال الفوضوي للأراضي سواء منها الصالحة للبناء أو الزراعية التي تقلصت مـساحتها كـان لزاما التدخل و إيجاد حل مناسب .

تم الإنطلاق في إصدار سلسلة من النصوص القانونية بدءا بالتشريعات الصادرة في ١٩٨٥ و التي تهدف إلى التسوية و تجلى ذلك فـي صـدور القـانون رقـم ٠١/٨٥ المتضمن قواعد شغل الأراضي قصد المحافظة عليها و حمايتها الـذي ذكـر بالقواعـد الواجب إحترامها في ميدان البناء، و المرسوم التنفيذي رقم ٢١١/٨٥ الذي حـدد كيفيـات تسليم رخصة البناء و رخصة تجزئة الأراضي للبناء، و المرسوم رقم ٢١٢/٨٥ المحـدد لشروط تسوية أوضاع الذين يشغلون فعلا أراضي عمومية أو خصوصية كانـت محـل عقود و/أو مباني غير مطابقة للقواعد المعمول بها و شروط إقرار حقوقهم في التملـك و السكن، ثم التعليمة الوزارية المشتركة الصادرة في ١٣ أوت ١٩٨٥ تتعلق بمعالجة البنـاء غير المشروع.

إن هـذه السلسـلة من النصوص القانونية تبين تفطـن المشرع إلى إستفحال البناء على أرض الغير و عدم قدرته على تجاهل هـذه الـظاهرة، و من ثم ضرورة تنظيم الساحة

العقارية بما يتماشى و التطور الحاصل في الميدان العقاري .

وبموجب القوانين الصادرة في ١٩٩٠ تم تبني إستراتيجية جديدة حددت معالمها بالقانون رقم ٢٥/٩٠ المتضمن التوجيه العقاري، والقانون رقم ٢٩/٩٠ المتعلق بالتهيئة والتعمير .

و عليه فقد أصبحت ظاهرة البناء على أرض الغير جديرة بطرح النقاش حولها و حول مدى نجاعة الحلول التي قدمها المشرع سواء في القانون المدني أو في الأحكام الواردة في القوانين الخاصة .

و من هنا تتضح الإشكالية التي سنحاول الإجابة عنها و هي : **ما مدى فعالية الأحكام الواردة في القانون المدني و القوانين الخاصة و المتعلقة بالبناء على أرض الغير في حل هذه المشكلة ؟.**

و سنحاول الإجابة على هذه الإشكالية من خلال خطة تحليلية تتضمن فصلين، إرتأينا أن يكون الفصل الأول مخصصا لدراسة أحكام البناء على أرض الغير في القانون المدني في حالتي حسن و سوء نية الباني .

و نتطرق في الفصل الثاني لدراسة الأحكام الخاصة التي تسري على المنشآت المقامة على أرض الغير، فندرس فيه أهم ما جاء به القانون رقم ٠١/٨٥ المتعلق بالتسوية و المراسيم التي تلته، ثم الإستراتيجية المتبعة للحد من البناء على أرض الغير في ظل التشريعات الجديدة ندرج فيها عملية مسح الأراضي العام و دورها في الحد من هذه المشكلة، و الرخص المتعلقة باستغلال الأراضي العمرانية و أدوات التوجيه الخاصة بالأراضي العمرانية .

و لما كانت أسباب البناء على أرض الغير متشعبة و ترجع في قسمها الأكبر إلى غياب سياسة عقارية ناجعة و نقص الرقابة و عدم التطبيق الصارم للقوانين، سنحاول في الأخير أن نحدد التدابير الهادفة إلى إعادة تقويم النظام القانوني للملكية العقارية و طرق حمايتها .

ونشير أننا سنقدم هذه الدراسة منتهجين المنهج التحليلي نحلل على ضوئه مختلف النصوص القانونية و القرارات القضائية ذات الصلة بالموضوع .

و على ذكر القرارات القضائية نشير أن القضاء الجزائري يظل متذبذبا فبالرغم من الكـم الهائل للنصوص القانونية إلا أن الميدان العقاري يعرف فراغـا تـشريعيا فـي بعـض المسائل، وأحيانا غموضا في النصوص القانونية الموجودة، و القاضي لا يملك إلا أن يلجأ إلى تفسير أو تأويل النصوص القانونية الذي غالبا ما يؤدي إلى نقـض أحكامـه علـى مستوى المحكمة العليا، و قد لاحظنا أن الأمر يزداد تعقيدا فيما يخص تنفيـذ القـرارات القضائية التي تقضي بالهدم، فقد شيدت مشاريع ضخمة على أراض ملك للغير و القاضي في هذه الحالة يقضي بالهدم لكن تنفيذ قراره على أرض الواقع تعتريه عـدة صـعوبات نظرا لضخامة المنشآت المشيدة .

و في إطار بحثنا في هذا الموضوع عثرنا على القليل من الدراسات و البحـوث التي عالجت مشكل البناء الفوضوي و لكن كان ذلك في إطار أحكام القـانون الإداري و بالتركيز على رخصة البناء، و لم تعالج أحكام البناء على أرض الغيـر كإعتـداء علـى الملكية بالنظر إليه من زاوية الأحكام الواردة في القانون المدني وتكملتها بتلك الواردة في النصوص الخاصة .

غير أننا لم نعثر على أي مرجع يعالج مشكل البناء على أرض الغيرفي القانون الجزائري و خاصة ما تعلق منه بالأحكام الواردة في القانون المدني .

إن إرتباط القانون العقاري بمختلف فروع القانون يحتم على الباحث الإطلاع و الإلمام بمعظم القوانين، و حتى العلوم الأخرى المختلفة، لذلك فإننا ننـادي بـضرورة أن ينفرد القانون العقاري كقانون مستقل و أن يدخل في إطارالتخصص القانوني، حتى يتمكن الباحثون من توحيد الجهود و ذلك من خلال البحث في مـدلول النـصوص القانونيـة و بالتالي محاولة معرفة مكمن المشكلة، و إيجاد الحلول الملائمة لها حتى تـسوى المـشكلة العقارية لا نقول بصفة نهائية و لكن على الأقل الحد من هذه المشكلة .

لقد تم التركيز في هذا البحث على النصوص القانونية أولا كمرجع أساسي، فهـي علـى كثرتها و تشعبها شكلت مرجعا جوهريا لا يمكـن بـأي حـال من الأحوال الإسـتغناء عنـه، و هذا بالموازاة مع القرارات القضائية التي كانت بمثابة المرآة العاكسة لما يجري على أرض الواقع .

و قد حاولنا من خلال هـذا الجهد تحـليل النصوص القانونية و الـقرارات القضائية و

مناقشتها، نأمل فقط أن تساهم هذه الدراسة و لو بالقسط القليل في إثراء المكتبة القانونيـة الجزائرية خاصة ما يتعلق منها بالقانون العقاري الذي يظل قانونا فتيا يحتاج إلى بحـث طويل و معمق .

وعليه وبغرض الإلمام بمختلف جوانب الموضوع إعتمدنا على تقسيم ثنائي للخطة التـي تتكون من فصلين نستعرض خطوطها العريضة فيما يلي :

الفصل الأول : أحكام البناء على أرض الغير في القانون المدني.

المبحث الأول :مقومات الإلتصاق **.**

المطلب الأول : تعريف الإلتصاق و حالاته .

المطلب الثاني : شروط تطبيق قواعد الإلتصاق في حالة إقامة المنشآت علـى أرض الغير.

المبحث الثاني : النية و أثرها في البناء على أرض الغير .

المطلب الأول : سوء النية و أثره في البناء على أرض الغير .

المطلب الثاني : حسن النية و أثره في البناء على أرض الغير .

المطلب الثالث : أداء التعويض لصاحب المنشآت .

الفصل الثاني : القواعد الخاصة التي تسري على المنشآت المقامة على أرض الغير .

المبحث الأول : سياسة الإحتياطات العقارية و التسوية في قانون ٠١/٨٥ **.**

المطلب الأول : سياسة الإحتياطات العقارية و إنعكاساتها علـى البنـاء علـى أرض الغير.

المطلب الثاني : تسوية وضعية الأراضي المعنية بقانون ٠١/٨٥ .

المبحث الثاني : الإستراتيجية المتبعة للحد من البناء على أرض الغير في ظل التشريعات الجديدة .

المطلب الأول : إصلاح أنظمة ملكية الأراضي .

المطلب الثاني : توجيه و مراقبة الأراضي العمرانية .

تـ ـمـ ـهـ ـيـ ـ ـد

يعد البناء على أرض الغير من المسائل الهامة التي عالجها المشرع في القانون المدني مخصصا لذلك عدة مواد تحت إطار الأحكـام المتعلقـة بالالتـصاق، فقـد أورده المشرع في الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الثالث المتضمن الحقـوق العينيـة الأصلية، و ذلك تحت عنوان طرق اكتساب الملكية .

و يشكل الالتصاق محورا هاما في حق الملكية باعتباره مصدرا من مـصادر اكتـسابها، هدف المشرع من خلال تنظيم أحكامه أن يوفق بين أمرين جوهريين :

١/ حماية الملكية الخاصة لأن البناء على أرض الغير يشكل اعتداءا على هذه الملكية .

٢/ منع إثراء المالك بلا سبب لأن إقامة المنشآت فيه إثراء للمالك .

و بذلك وفق المشرع بين مصلحة مالك الأرض المعتدى على أرضه بإقامة المنشآت فوقها و الذي يطالب بدفع الاعتداء عنه، هذا من جهة ، و من جهة أخرى مصلحة الباني الـذي افتقرت ذمته بما أنفقه من مصاريف في إقامة المنشآت و لذلك يجب تعويضه .

و في هذا الإطار حدد المشرع الأحكام القانونية التي تربط بين مالك الأرض و الباني، و جعل التعويض الملقى على عاتق صاحب الأرض يختلف بحسب ما إذا كان الباني حـسن النية أو سيئها .

يتضح إذن أن المشرع ربط البناء على أرض الغير بأمر باطني هو النية، جـاعلا إياهـا المحور الذي تدور عليه أحكام الالتصاق في مجموعها، بالإضافة إلى عدة شروط يجـب توفرها حتى تسري أحكام الالتصاق .

و ليتبين لنا بالتفصيل الشروط الواجب توافرها، و الدور الذي تلعبـه النيـة فـي تقـدير التعويض وجب معالجة ذلك في مبحثين أساسيين:

- يتضمن المبحث الأول مقومات الالتصاق.
- و يتضمن المبحث الثاني النية و أثرها في البناء على أرض الغير .

المبحث الأول
مقومات الالتصاق

الالتصاق هو سبب من أسباب كسب الملكية، و يتم الالتصاق إما بفعل الطبيعة أو بفعل الإنسان، و يكون إما لعقار بعقار و إما لمنقول بعقار و إما لمنقـول بمنقـول و سنركز دراستنا على الالتصاق بالعقار.
و في الالتصاق يفترض أن مالك الأرض يملك ما فوقها و ما تحتها إلى الحد المفيد فـي التمتع بها علوا و عمقا و هذا بموجب القرينة القانونية بأن كل ما يوجد على الأرض من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض و أنه هو الـذي أنـشأه على نفقته .
هذا و قد وضع المشرع عدة شروط لا بد من توفرها لإعمال أحكام الالتصاق في حالـة إقامة المنشآت على أرض الغير.
و قبل أن نتطرق إلى شروط تطبيق قواعد الالتصاق يجدر بنا أولا أن نعـرف مـا هـو الالتصاق؟ و ما هي حالاته ؟ و عليه سنناقش ذلك في مطلبين:
في المطلب الأول نتطرق إلى تعريف الالتصاق و حالاته، و فـي المطلـب الثـاني نتطرق إلى شروط تطبيق قواعد الالتصاق في حالة إقامة المنشآت على أرض الغير.

المطلب الأول
تعريف الالتصاق و حالاته

لم يحدث أي خلاف بين الفقهاء حول تعريف الالتصاق، فقد اشـتملت جميـع التعاريف على العناصر التي يجب أن يتوفر عليها الالتصاق، و لكن قبل استعراض هـذه التعاريف لا بد من شرح القرينة القانونية التي وضعها المشرع لصالح مالـك الأرض و التي يعفيه بموجبها من إثبات ملكيته للمنشآت المقامة على أرضه، و ذلك لأن هذه القرينة

ترتبط ارتباطا وثيقا بتعريف الالتصاق الذي يستند كما ذكرنا أعلاه على المبدأ الذي يقضي بأن الفرع يتبع الأصل.

كما أن الالتصاق قد يكون بالمنقول أو بالعقار و هي حالات الالتصاق التي نتطرق لها في الفرع الثاني و قبل ذلك نتطرق في الفرع الأول إلى تعريف الالتصاق .

الفرع الأول

تعريف الالتصاق

تنص المادة ٧٨٢ من القانون المدني الجزائري الصادر بالأمر رقم ٧٥-٥٨ المؤرخ في ٢٦ سبتمبر ١٩٧٥[1] على ما يلي :" كل ما على الأرض أو تحتها من غراس أو بناء أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض و أقامه على نفقته و يكون مملوكا له، غير أنه يجوز أن تقام البينة على أن أجنبيا أقام المنشآت على نفقته، كما يجوز أن تقام البينة على أن صاحب الأرض قد خول أجنبيا ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق في إقامة هذه المنشآت و في تملكها ".

يلاحظ أن المشرع قد أورد كلمة البينة و هي وسيلة من وسائل الإثبات يقصد بها شهادة الشهود، و لا شك أن المشرع لم يقصد شهادة الشهود كوسيلة وحيدة لإثبات إقامة المنشآت التي هي واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات، إضافة إلى أن النص الفرنسي لهذه المادة أورد كلمة prouvé يعني إثبات مما يدل على أن البينة قصد منها إقامة الإثبات أو الدليل على أن أجنبيا أقام المنشآت .

لقد وضع المشرع بموجب المادة سالفة الذكر قرينة قانونية بأن كل ما يوجد على الأرض من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض و أنه هو الذي أنشأه على نفقته و من ثم يكون مملوكا له، و تستند هذه القرينة القانونية إلى مبدإ عام تقرره المادة ٢/٦٧٥ مدني التي تنص :" و تشمل ملكية الأرض ما فوقها و ما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها علوا و عمقا ".

[1] - الجريدة الرسمية العدد ٧٨ .

و على ذلك إذا أقيمت منشآت فوق الأرض أو تحتها فالمفروض أنها مملوكة لصاحب الأرض و أنه هو الذي أقامها على نفقته، و لا يجوز في خصومة بينه و بين شخص آخر يدعي ملكية هذه المنشآت أن يطالب صاحب الأرض بإقامة الدليل على ذلك، فإذا رفع شخص دعوى على الحائز لأرض أقام عليها هذا الأخير منشآت و قدم صاحب الأرض الدليل على ملكيته للأرض، فهذا الدليل وحده يكفي لافتراض أنه يملك المنشآت أيضا بموجب القرينة القانونية، و هذا دون أن يطالب بإقامة دليل آخر غير الدليل الذي قدمه على ملكيته للأرض .

و يلاحظ من خلال المادة ٧٨٢ المذكورة أعلاه بأن القرينة القانونية التي أقامتها الفقرة الأولى على النحو السابق قرينة قابلة لإثبات العكس، معنى ذلك أنها ليست بالقرينة القاطعة حيث يجوز إثبات عكسها، و بالتالي يجوز أن يثبت الشخص ملكيته للمنشآت و يتم هذا الإثبات بكافة الطرق بما فيها البينة و القرائن إذا انصب الإثبات على محض واقعة مادية هي واقعة البناء، أما إذا ادعى شخص بأن مالك الأرض قد خوله الحق في ملكية المنشآت بمقتضى تصرف قانوني فإن عليه إثبات هذا التصرف طبقا للقواعد العامة في إثبات التصرفات القانونية، أي بالكتابة أو بما يقوم مقامها فيما تجاوز قيمته ألف دينار جزائري .

و قد أجازت المادة ٧٨٢ مدني صراحة كمثل للتصرف القانوني أن يقيم أجنبي الدليل على أن صاحب الأرض قد خوله ملكية المنشآت، و يتحقق ذلك إذا أثبت الأجنبي أن هناك اتفاقا بينه و بين صاحب الأرض على أن يتملك الأجنبي الأبنية المقامة بطريق الشراء مثلا أو بأي تصرف آخر ناقل للملكية، و في هذه الحالة لا يكون هناك مجال لإعمال حكم الالتصاق كسبب لكسب الملكية، و لا يحق لصاحب الأرض أن يطالب بملكية المنشآت عن طريق الالتصاق على خلاف الاتفاق الذي تم بينه و بين صاحب المنشآت، و تبقى ملكية الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها[1] .

[1] - يجوز بمقتضى القانون أو الاتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها و ما تحتها حسب المادة ٣/٦٧٥ مدني، إذ يجوز بالاتفاق تملك ما فوق السطح أو ما تحته مستقلا عن السطح و لا يعتبر هذا الاتفاق مخالفا للنظام العام، و يعتبر حق التعلي من ضروب ملكية ما فوق السطح راجع: محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية ، طبعة ٢٠٠٠ ، الدار الجامعية للطباعة و النشر، ص ١٧٦ و ما يليها.

و كمثل للواقعة المادية أن يقيم الأجنبي الدليل على أنه هو الذي أقام المنشآت على نفقته دون اتفاق مع صاحب الأرض، و على خلاف الحالة السابقة يقوم الالتصاق في هذه الحالة كسبب لكسب الملكية، فيتملك صاحب الأرض المنشآت بالالتصاق و يلتزم بدفع تعويض لصاحب المنشآت.

و قد جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ ١٩٨٩/١١/٢٠ ما يلي : "**من المقرر قانونا أن كل ما على الأرض أو تحتها من غراس أو بناء يعد من عمل صاحبها و يكون مملوكا له ما لم تقام البينة على أن أجنبيا أقام المنشآت على نفقته، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون .**

لما كان من الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدهما لم يقيما البينة على أنهما أو مورثهما أقام السكن المتنازع عليه على أرض الطاعن، فإن جهة الاستئناف بتأييدها الحكم المستأنف لديها القاضي برفض دعوى الطاعن الرامية إلى طرد المطعون ضدهما الشاغلين للسكن المتنازع عليه قد خرقت القانون .

و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[1] .

تذكر المحكمة العليا في مستهل قرارها بالقرينة القانونية لصالح مالك الأرض و التي يجوز إثبات عكسها، و لما كان المطعون ضدهما في هذه القضية شاغلين لسكن مقام على أرض الطاعن، فإن هذا الأخير يعفى من إثبات ملكيته لهذا السكن لأنه يستفيد من القرينة القانونية التي شرحناها سابقا، و يقع عبء الإثبات على المطعون ضدهما اللذين لم يقدما الدليل على ملكيتهما للمنشآت، فكان على جهة الاستئناف إذن أن تقضي بطرد المطعون ضدهما من السكن المتنازع عليه .

وإقامة الدليل العكسي على النحو الذي أوضحناه تتضمن فروضا ثلاثة هي الحالات التي يتحقق فيها الالتصاق الصناعي بالعقار وهي :

١/ إما أن يستعمل صاحب الأرض في إقامة المنشآت مواد مملوكة لغيره .

٢/ أو يقيم شخص منشآت بمواد من عنده على أرض مملوكة لغيره .

٣/ أو يقيم شخص منشآت على أرض غيره بمواد مملوكة لشخص ثالث .

[1] - قرار بتاريخ ١٩٨٩/١١/٢٠ ملف رقم ٥٢٦٢٧ المجلة القضائية العدد الرابع لسنة ١٩٩٠ ص ١٥٠ .

و بعد شرح القرينة القانونية التي وضعها المشرع لصالح مالك الأرض و التـي يعفيـه بموجبها من إثبات ملكيته للمنشآت المقامة على أرضه، يجدر بنا الآن تعريف الالتصاق .

فقد تحدث الطبيعة أو يحدث فعل الإنسان حالة اندماج بين شيئين كانا منفصلين و متميزين من حيث الأصل .

و عليه يعرف الفقه الالتصاق بأنه اتحاد شيئين اتحادا ماديا إما بفعـل الطبيعـة أو بفعـل الإنسان بحيث لا يمكن فصل أحدهما عن الآخر دون تلف، فيتملك صاحب الشيء الأصلي الشيء الفرعي بسبب هذا الاتحاد الذي يسمى اصطلاحا الالتصاق .

و الالتصاق واقعة قانونية خالصة، لأن الاتحاد بين شيئين واقعة مادية يرتب القانون عليها أثرا معينا هو إكساب مالك الشيء الأصلي ملكية الشيء الفرعي[1] .

و نورد في هذا السياق مثالين أولهما عن الالتصاق بفعل الطبيعة كالأراضي التي تتكـون من طمي يجلبه النهر، و في هذه الحالة يحدث الالتـصاق دون تـدخل الإنـسان، أمـا الالتصاق بفعل الإنسان مثاله إقامة شخص منشآت على أرض مالك للغير.

و يعرف الدكتور رمضان أبو السعود الالتصاق على أنه اتحاد يحدث بين شيئين مملوكين لمالكين مختلفين دون اتفاق بينهما على هذا الاتحاد، و الالتصاق بهذا المعنى يعد مصدرا من مصادر كسب الملكية و يتمثل هذا المصدر في الواقعة المادية و هي واقعة الاتحاد أو الاندماج .

و معنى الاتحاد أو الاندماج أن الشيئين أصبحا شيئا واحدا بحيث يتعذر فصلهما دون تلف، فإذا لم يوجد اتفاق سابق بين مالكي الشيئين على من يتملك الشيء بعـد حـصول هـذا الاتحاد، فقد يظن أن القاعدة العادلة هي في وجوب امتلاك المالكين للشيء بعـد الاتحـاد ملكية شائعة، و برغم عدالة هذا الحل فإن المشرع نزولا على اعتبارات اقتصادية غالبـة أحل قاعدة أخرى تحقق أيضا فكرة العدل، و هذه القاعدة هي إسناد ملكية هـذا الـشيء لمالك الأصل على أن يعوض مالك الشيء التابع[2] هذا من جهة، و مـن جهـة أخـرى إخضاع كل من الأصل و الفرع لنفس الأحكام القانونية .

---

[1] - د/ محمد المنجي، موسوعة الدعاوى العملية، دعوى ثبوت الملكية، مراحل الدعوى من تحرير الصحيفة إلى الطعن بالنقض، الطبعة الثالثة سنة ١٩٩٩ منشأة المعارف بالإسكندرية، ص٢٥٧ .

[2] - د/ رمضان أبو السعود، الوجيز في شرح الحقوق العينية الأصلية، أحكام الحقـوق العينيـة الأصـلية و مـصادرها، طبعـة ١٩٩٧ دار المطبوعات الجامعية ص ٢٠٢ .

و قد يتبادر إلى أذهاننا سؤال حول كيفية التمييز بين الشيء الأصلي و الشيء التابع ؟.

ما من شك في أن أهم صور الالتصاق هو الالتصاق بالعقار، و في هذه الحالة اعتبـرت الأرض هي الأصل حتى لو كانت قيمتها أقل من المنقول الذي التصق بها، فالقاعـدة إذن أن مالك الشيء الأصلي هو الذي يملك الشيء التابع و يملكه كما قلنا سابقا بسبب واقعـة مادية هي واقعة الالتصاق، كذلك لا يجوز الخلط بين تملك الثمار المتولدة من الـشيء و تملك الشيء التابع بسبب الالتصاق، فملكية الثمار ليست ملكية جديدة بل هي متفرعة عن ملكية الشيء الذي تولدت منه الثمار، أما الملكية بسبب الالتصاق فملكية جديدة مستقلة عن ملكية الشيء الأصلي تم اكتسابها بموجب سبب مستقل.

و نشير إلى أنه لا يوجد هناك خلاف بين الفقهاء حول تعريف الالتصاق، فمعظم التعاريف اشتملت على العناصر التي ينبغي توفرها لتطبيق أحكام الالتصاق و هذه العناصـر هـي واقعة الاتحاد، و اختلاف مالكي الشيئين اللذين تم الاتحاد بينهما، و عـدم وجـود اتفـاق مسبق حول هذا الاتحاد[1] .

هذا و إن الالتصاق قد يكون بعقار و قد يكون بمنقول، و الالتصاق بالعقار قد يكون بفعل الطبيعة و قد يكون صناعيا من عمل الإنسان، تلك هي حالات الالتـصاق التـي نتـولى تفصيلها فيما يلي .

الـفـرع الـثـانـي
حـالات الالتصاق

يمكن حصر الالتصاق كما قلنا سابقا في حالتين: حالة الالتـصاق بالعقـار، و حالة الالتصاق بالمنقول، و الالتصاق بعقار إما أن يكون طبيعيا و إما أن يكون صناعيا و سنقف عند كل هذا بالتفصيل على التوالي :

[1] - نفس التعريف نجده عند: محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص ١٦٩ - توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، ص٤١٨ - عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الأصلية، طبعة١٩٧٨ ،ص٣٠٣ - محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني ،الحقوق العينية الأصلية ، طبعة ١٩٧٧ ،ص٤٨١ .

أولا : الالتصاق الطبيعي بالعقار

إن الالتصاق الطبيعي بفعل المياه قد يكون بفعل مياه البحر أو بفعل مياه راكدة في البحيرات و البرك و ليس في هذه الحالة مجال للتملك بالالتصاق .

فإذا انحسر البحر عن شاطئه و انكشف عن أرض فهذه الأرض تكون من أملاك الدولة الخاصة، و هو ما نصت عليه المادة ٧٧٩ مدني، و من جهة أخرى إذا طغى البحر على الأراضي المجاورة لشواطئه فغمرها بالمياه فإن ملاك هذه الأراضي لا يفقدون ملكيتها، و يجوز لهم أن يعملوا على إعادة حدود أراضيهم التي طغت عليها مياه البحر، و لكن فيما عدا ذلك لا يجوز لهم التعدي على أرض البحر، و كالبحر البحيرات و البرك طبقا لنص المادة ٧٨٠ مدني.

و قد يكون الالتصاق بفعل مياه النهر عن طريق تراكم الطمي، فالأرض التي تتكون من هذا الطمي تكون ملكا لصاحب الأرض المجاورة، و في هذه الحالة وحدها يقوم الالتصاق سببا لكسب الملكية، إذ يتملك صاحب الأرض المجاورة الأرض التي تكونت من الطمي بسبب الالتصاق .

و يشترط في تراكم الطمي بفعل مياه النهر حسب المادة ٧٧٨ مدني أن يكون الطمي قد جلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة، فيجب أن يتراكم الطمي على ضفة النهر و بجانب الأرض المجاورة متدرجا خلال مدد طويلة متعاقبة و على وجه غير محسوس[1] .

ثانيا : الالتصاق الصناعي بالعقار

هو الذي يحدث بفعل الإنسان و تدخله، بمقتضاه يتحد منقول بعقار اتحادا يتعذر معه فصله عنه دون تلف، و بهذا الاتحاد يصبح المنقول عقارا بطبيعته مثل إقامة أبنية أو غراس أو منشآت .

و لا تخرج مشكلة الالتصاق في هذا الصدد عن ثلاثة فروض:

الفرض الأول : إقامة صاحب الأرض منشآت عليها بمواد مملوكة للغير:

في هذا الفرض يتملك صاحب الأرض المنشآت بالالتصاق ولكن يجب التفرقة بين حالتين:

---

[1]- و لا تسري أحكام الالتصاق طبقا لنص المادة ٧٨١ مدني في حالة ما إذا حول النهر أرضا من مكانها إلى مكان آخر أو انكشف عنها أو كون جزرا في مجراه، فهذه الأراضي جميعا تخضع لقوانين خاصة.

في الحالة الأولى : إذا كان من الممكن نزع المواد التي أقيمـت بهـا المنـشآت دون أن يترتب على هذا النزع إلحاق ضرر جسيم بالمنشآت، عندئذ لا يتملك مالك الأرض هـذه المنشآت بحكم الالتصاق بل تظل على ملك صاحبها الأصلي، فيكون له حق اسـتردادها عن طريق نزعها و لكن اشترطت المادة ٧٨٣ مدني أن ترفع دعوى الاسترداد خلال سنة من يوم علم مالك المواد أنها اندمجت في هذه المنشآت، و يكون النزع على نفقة صاحب الأرض سواء كان حسن النية أو سيئها، و في هذه الحالة لا يكون هناك مجـال لإعمـال الالتصاق.

في الحالة الثانية : إذا كان من شأن نزع المواد إلحاق ضرر جسيم بالمنشآت أو إذا علـم مالك المواد أنها اندمجت في المنشآت و لكنه لم يبادر إلى رفع دعوى الاسـترداد خـلال سنة، عندئذ لا يباح لمالكها استردادها و يتملكها صاحب الأرض بحكم الالتصاق مقابـل تعويض مالكها بقيمة المواد، و التعويض عن الضرر إن اقتضى الحال ذلك و فـي هـذه الحالة يكون النزع على نفقة مالك الأرض .

الفرض الثاني : إقامة الباني منشآت بمواد من عنده على أرض الغير:

إن هذا الفرض من فروض الالتصاق هو موضوع دراستنا لذلك سنعرضه هنـا بإيجـاز على أن نفصله في المبحث الثاني.

في هذا الفرض يتملك صاحب الأرض هذه المنشآت بحكم الالتـصاق مقابـل تعـويض متغير، فإذا اقترنت إقامة المنشآت بسوء النية فلصاحب الأرض طلب إزالتها على نفقـة مقيمها أو استبقائها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة أو قيمة ما زاد في ثمن الأرض .

أما إذا أقيمت المنشآت بحسن نية فلا يكون لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة و إنما يخير بين أن يدفع قيمة المواد و أجرة العمل، أو أن يدفع مبلغا يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب إقامة المنشآت عليها[1] .

الفرض الثالث : إقامة شخص منشآت بمواد غير مملوكة له على أرض الغير :

تنص المادة ٧٩٠ مدني: " إذا أقام أجنبي منشآت بمواد مملوكة لغيره فليس لمالك المواد أن يطلب استردادها و إنما يكون له أن يرجع بالتعويض على هذا الأجنبي، كما له أن يرجع على مالك الأرض بما لا يزيد على ما هو باق في ذمته من قيمة تلك المنشآت ".

[1] - أنظر الصفحة ٣٠ و ما يليها .

في هذه الصورة من صور الالتصاق نجد ثلاثة أشخاص تقوم بينهم علاقات قانونية ينبغي الفصل فيها و هؤلاء الأشخاص هم: مالك الأرض، مالك المواد، الشخص الذي أقام المنشآت.

١/علاقة مالك الأرض بمن أقام المنشآت : تأخذ هذه العلاقة حكم الفرض الثاني من فروض الالتصاق الصناعي بالعقار، و قد رأينا أن الحكم يختلف بحسب كون الباني حسن النية أو سيء النية .

٢/ علاقة مالك المواد بمالك المنشآت : نلاحظ أن المواد التي استخدمها الباني في إقامة المنشآت تعد منقولا، و في هذا الشأن إذا توافر لدى الباني السبب الصحيح و حسن النية فإنه يتملكها بمقتضى قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، و يكون قد أقام البناء بمواد مملوكة له في أرض الغير و لا يرجع عليه مالك المواد بشيء .

أما إذا لم يتملك الباني المواد بمقتضى قاعدة الحيازة لتخلف شروطها في حقه فإنه إما أن يكون قد بنى في أرض غيره و هو سيء النية فيجبر على نزع المنشآت من الأرض، و إما أن يكون قد بنى و هو حسن النية غير أنه اختار نزعها من الأرض، و في الحالتين تكون المواد قد نزعت و لم يتملكها مالك الأرض بالالتصاق، و لذلك يكون لمالك المواد الحق في استردادها من الباني كما له حق الرجوع عليه بالتعويض إذا أصابه ضرر.

و إذا تملك صاحب الأرض المواد بالالتصاق فإن لمالك المواد أن يرجع على الباني بالتعويض لأنه قد تسبب في أن تضيع عليه ملكية مواده [1].

٣/ علاقة مالك المواد بمالك الأرض : إذا تملك صاحب الأرض المواد بحكم الالتصاق فإن صاحب الأرض لا يسأل أمام مالك المواد و إنما تنحصر مسئوليته قبل الباني فحسب، و لذلك لا يحق لمالك المواد طلب استردادها و إنما له أن يرجع على من أقام المنشآت مطالبا بالتعويض .

و لما كان مالك الأرض مدينا للباني و كان الباني مدينا بدوره لمالك المواد، فإنه يجوز لصاحب المواد أن يرجع على صاحب الأرض بالدعوى غير المباشرة باعتباره دائنا لدائنه.

[1] - د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية ، الجزأ التاسع، طبعة ١٩٦٨ دار النهضة العربية، ص ٢٦١ .

و لكن القانون أعطى لمالك المواد فوق ذلك دعوى مباشرة على مالك الأرض إذ جاء في العبارة الأخيرة من المادة ٧٩٠ مدني " كما له (أي لصاحب المواد) أن يرجع على مالـك الأرض بما لا يزيد على ما هو باق في ذمته من قيمة تلك المنشآت ".

ففي الدعوى غير المباشرة قد يتعرض صاحب المواد لخطر مزاحمـة دائنـي صـاحب المنشآت الآخرين له على مبلغ التعويض، و لذلك و حماية لصاحب المواد منحه المشرع الحق في الدعوى المباشرة قبل صاحب الأرض يطالبه وفاء ما هو مـستحق فـي ذمتـه لصاحب المنشآت .

و سواء كان الباني حسن النية أو سيء النية فإن صـاحب الأرض إذا تملـك المنـشآت بالالتصاق عليه أن يدفع تعويضا للباني بمقدار حدده القانون، فإذا دفعه كله أو بعضه دون أن يعلم بحق صاحب المواد فقد برئت ذمته بمقدار ما دفع، أما إذا أنذر صـاحب المـواد صاحب الأرض بما له من حق التعويض في ذمة الباني، فيجب على صاحب الأرض أن يستبقي التعويض المستحق للباني أو الباقي من هذا التعويض، و يكون لـصاحب المـواد الحق في الرجوع على صاحب الأرض بدعوى مباشرة .

فإذا دفع صاحب الأرض للباني التعويض المستحق له بالرغم من الإنذار الموجه إليه من صاحب المواد لم يسر هذا الدفع في حق صاحب المواد، و له حق الرجوع على صـاحب الأرض في حدود ما بقي في ذمته للباني وقت الإنذار .

<u>ثالثا</u> : التصاق المنقول بالمنقول

يتحقق التصاق المنقول بالمنقول في حالات ثلاث :

- الضم : و فيها ينضم منقول إلى منقول و يكون في الإمكان تمييز أحدهما عن الآخر .
- المزج : و فيها يختلط المنقولان على نحو لا يمكن تمييز أحدهما عن الآخر .
- التحويل : و فيها يتحد المنقولان بحيث يتولد عنهما شيء جديد مغاير لهما[1] .

و لكي يتحقق الالتصاق في الصور المتقدمة لا بد من توافر عدة شروط حسب المادة ٧٩١ مدني و هذه الشروط هي :

١/ أن يحدث الالتصاق بين منقول و منقول آخر .

[1] - د/ محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية: الأشياء و الأموال، حق الملكية و الحقوق المتفرعة عنه، أسباب كسب الحقوق العينية الطبعة الثانية سنة ١٩٧٦ -١٩٧٧ مطبعة دار الحياة دمشق ص ٥١٤

٢/ أن يكون المنقولان مملوكين لشخصين مختلفين .
٣/ أن يندمج المنقولان أحدهما في الآخر.
٤/ أن لا يوجد اتفاق بين المالكين على مصير المنقولات التي اندمجت .

و في الالتصاق بالمنقول تثبت الملكية لمن بيده حيازة الشيء الناتج عن اتحاد المنقـولين عملا بقاعدة " الحيازة في المنقول سند الملكية "، إذ تعتبر الحيازة قرينة على وجود السبب الصحيح و حسن النية حسب المادة ٨٣٥ مدني، و لكن إذا تخلفت شـروط هـذه القاعـدة بإثبات تخلف السبب الصحيح أو سوء النية و لم يكن هناك اتفاق بين المالكين فقد قـضت المادة ٧٩١ مدني بأنه " إذا التصق منقولان لمالكين مختلفين بحيث لا يمكن فـصلهما دون تلف قضت المحكمة إن لم يكن هناك اتفاق بين المالكين مسترشدة بقواعد العدالة و مراعية في ذلك الضرر الذي حدث و حالة الطرفين و حسن نية كل منهما " ، إذن الحكم واضـح في هذه الحالة و هو أن تقضي المحكمة مسترشدة بقواعد العدالة مع مراعاة الضرر الذي حصل و حسن نية كل واحد من الطرفين .

هذا عن التصاق المنقول بالمنقول و لما كان موضوع دراستنا هو الالتـصاق الصناعي أي إقامة منشآت على أرض الغير فقد استوجب القانون عدة شروط حتى تسري أحكامه، و عليه نفرد المطلب الموالي لتفصيل الشروط الواجب توفرها لإعمـال أحكـام الالتصاق .

المطلب الثاني

شروط تطبيق قواعد الالتصاق في حالة إقامة المنشآت على أرض الغير

يلزم لتطبيق قواعد الالتصاق على المنشآت المقامة على أرض الغير خمـسة شروط نتطرق لها على التوالي و هي :

١/ عدم ملكية من أقام المنشآت للأرض .
٢/ إقامة صاحب المنشآت المنشآت لحساب نفسه .
٣/ عدم وجود أحكام خاصة بشأن المنشآت .

٤/ عدم وجود اتفاق يخالف أحكام الالتصاق.
٥/ وجود المنشآت و أن يكون قصد بقاؤها على الدوام .
و نتعرض لكل شرط على حدى في فرع مستقل فيما يلي :

الفرع الأول
عدم ملكية من أقام المنشآت للأرض

يشترط لتطبيق أحكام الالتصاق أن يكون من أقام المنشآت غير مالك للأرض، و على هذا تسري تلك القواعد على الحائز العرضي أو الحائز للأرض بنية تملكها سواء كان سيء النية أو حسن النية، و من ثم تطبق قواعد الالتصاق في الفرضين التاليين :

أولا : إذا أقام المنتفع بناءا على الأرض بعد الحصول على موافقة مالك الرقبة عومل معاملة الباني حسن النية، و بدون هذه الموافقة فإنه يعد سيء النية، لأن حق الانتفاع لا يخول صاحبه سوى الانتفاع بالشيء بحالته طبقا لنص المادة ٨٤٧ مدني التي توجب على المنتفع أن يستعمل الشيء بحالته التي تسلمه بها، فإذا هو بنى في الأرض المنتفع بها فإنه يعد سيء النية و من ثم تسري عليه أحكام الباني سيء النية .

ثانيا : تسري أحكام الالتصاق أيضا في الحالات التي يبني فيها المالك في أرضه ثم تزول ملكيته بأثر رجعي، و من هذه الحالات كون سند ملكية الباني باطلا بطلانا مطلقا و أبطل أو قابلا للإبطال و قضي ببطلانه، فتسري على المالك أحكام الباني حسن النية إذا كان لا يعلم ما يهدد سند ملكيته من بطلان أو إبطال، و على العكس من ذلك تسري عليه أحكام الباني سيء النية إذا كان يعلم ما يهدد سند ملكيته .

و إذا كان الباني مالكا للأرض ثم فسخ سند ملكيته بعد أن قام بالبناء فإنه لما كان للفسخ أثر رجعي يعتبر أنه لم يكن مالكا، و تسري عليه أحكام الالتصاق الخاصة بالباني سيء النية لأنه كان يعلم سبب الفسخ[1] .

و على العكس مما سبق فلا تطبق قواعد الالتصاق في الحالتين الآتي بيانهما :

أولا : لا تسري قواعد الالتصاق في حالة بناء الشريك في الأرض الشائعة، بل تسري في هذا الفرض أحكام الشيوع، فبناء الشريك في الأرض الشائعة يعـد عـملا من أعمال الإدارة غير المعتادة، و عليه إذا وافقت الأغلبية على ما قام به الشريك التزم جميع الشركاء كل بقدر حصته أن يدفعوا لمن أقام المنشآت ما أنفقه، أمـا إذا لـم تـوافـق

[1] - د/ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص٢٢٤ .

الأغلبيـة المطلوبة[1] فإنه يجب على الشريك أن يزيل البناء على أساس تجاوزه لسلطاته كشريك .

ثانيا : ما الحكم في حالة ما إذا بنى البائع في الأرض المبيعة قبل شهر عقد البيع أو بنى المشتري في هذه الأرض قبل الشهر ؟ .

إذا باع شخص لشخص آخر أرضا فقبل شهر عقد البيع يبقى البائع مالكا للأرض و يكون المشتري غير مالك لها، فإذا بنى البائع في الأرض قبل الشهر ثم قام بشهر عقـد البيـع فانتقلت الملكية إلى المشتري فهل يعتبر البائع بانيا في أرض غيره و تجري عليه أحكـام الالتصاق ؟ .

لا يمكن القول بذلك إلا إذا سلمنا بأن للشهر أثرا رجعيا فيما بين البائع و المشتري و هـو غير ذلك، إذ بصريح نص المادتين ١٥ و ١٦ من القانون رقم ٧٤/٧٥ المتـضمن إعـداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري فإن الملكية لا تنتقـل إلا وقـت حـصول الشهر و ليس للشهر أثر رجعي سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير .

و عليه يعتبر البائع و هو يبني في الأرض التي باعها قبل الشهر قـد بنـى فـي أرض يملكها، و لكنه لما كان ملتزما بموجب عقد البيع أن يسلم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع حسب المادة ٣٦٤ مدني، فإنه ببنائه في الأرض يكون قـد أخـل بهـذا الالتزام و للمشتري أن يجبر البائع على إزالة البناء و يكون هذا تعويـضا عينيـا عـن الإخلال بالتزامه.

[1] - الأغلبية المطلوبة هم الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع الأرض الشائعة، لأن البناء على الأرض الشائعة يخرج عـن حـدود الإدارة المعتادة، و لذلك اشترط المشرع بنص المادة ٧١٧ مدني توفر هذه الأغلبية .

و نشير إلى أن القضاء المصري شبه البائع و هو يبني في الأرض المبيعة قبل التسجيل[2] بالباني في أرض غيره و هو سيء النية، و أجرى عليه أحكام الالتصاق بطريق القياس، و أجاز للمشتري أن يستبقي البناء مقابل دفع قيمته مستحق الهدم أو دفع ما زاد في ثمن الأرض بسبب البناء[3] .

و لم نعثر على قرار صادر عن المحكمة العليا يعالج حالة مماثلة لذلك لم يتبين لنا موقف القضاء الجزائري، و عليه لا مناص من تطبيق حكم المادة ٣٦٤ مدني .

و كان من الأحسن تطبيق أحكام الالتصاق في هذه الحالة، لأن البائع طالما كان يعلم أن ملكيته ستزول فإنه ببنائه في الأرض المبيعة يعد سيء النية و هدفه هو إرهاق كاهل المشتري بالتزامات جديدة، هذا من جهة، و من جهة أخرى فإن تطبيق المادة ٣٦٤ مدني يعني هدم المباني و نحن نعلم أن الهدم غير محبذ اقتصاديا و يمكن توقي ذلك بتطبيق أحكام الالتصاق، فيكون للمشتري تبعا لذلك الحق في استبقاء البناء مقابل دفع قيمته مستحق الهدم أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب المنشآت .

لكن و مع صراحة النصوص القانونية بعدم الأثر الرجعي للشهر و غياب اجتهاد قضائي يطبق أحكام الالتصاق، يبقى البائع قبل الشهر مالكا للأرض و يكون قد بنى في ملكه، فلا تسري أحكام الالتصاق في مثل هذه الحالة و نلجأ كما قلنا سابقا إلى تطبيق قواعد عقد البيع الخاصة بالتزامات البائع .

و قد يكون المشتري لا البائع هو الباني في الأرض المبيعة قبل شهر عقد البيع ثم شهر العقد، ففي هذه الحالة يتبين لنا أن المشتري قد بنى في غير ملكه و لكنه يصبح المالك بمجرد الشهر، و عليه لا تثور هنا أية مشكلة فبالشهر يتملك الأرض و البناء الذي أقامه عليها و لا يكون للبائع شأن بالبناء المقام من طرف المشتري قبل الشهر .

الفرع الثاني

إقامة صاحب المنشآت المنشآت لحساب نفسه

[2] - نشير أن الملكية تنتقل في القانون المصري بالتسجيل و ليس بالشهر، و ليس للتسجيل أثر رجعي.

[3] -د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٢٩٩ .

يجب أن يكون من أقام المنشآت قد أقامها لحساب نفسه، فقواعد الالتصاق لا تطبق في الحالات التي يقيم فيها الشخص البناء لحساب المالك .
فإذا قام الفضولي بالبناء على أرض رب العمل وجب تطبيق أحكام الفضالة إذا توافرت شروطها و استبعاد أحكام الالتصاق، و تبعا لذلك يجب على رب العمل أن يرد للفضولي النفقات التي صرفها في البناء، و أن ينفذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه و أن يعوضه عن التعهدات التي التزم بها أثناء قيامه بالبناء و كذا تعويضه عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بهذا العمل، كما تطبق أحكام الوكالة إذا بنى الوكيل على أرض الموكل.

الفرع الثالث
عدم وجود أحكام خاصة بشأن المنشآت

يشترط كذلك لتطبيق أحكام الالتصاق أن لا توجد نصوص خاصة بشأن المنشآت التي يقيمها شخص على أرض غيره، و لهذا يصف البعض من الفقهاء أحكام الالتصاق بأنها احتياطية[1] فإذا وجدت مثل هذه النصوص استبعد إعمال أحكام الالتصاق و من أمثلة الحالات التي وضع لها المشرع قواعد خاصة :

أولا : حالة بناء المستأجر في العين المؤجرة

لقد ورد فيها نص خاص ليس هو مجرد تطبيق لأحكام الالتصاق و من ثم يجب تطبيق هذا النص الخاص دون أحكام الالتصاق .
تنص المادة ٥٠٤ من القانون المدني على ما يلي " إذا أحدث المستأجر في العين المؤجرة بناءا أو غراسا أو غير ذلك من التحسينات العادية مما يزيد في قيمة العقار، فعلى المؤجر أن يرد له عند انقضاء الإيجار ما أنفقه في هذه التحسينات أو ما زاد في قيمة العقار ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بخلاف ذلك .
فإذا كانت تلك التحسينات قد استحدثت دون علم المؤجر أو رغم معارضته كان له أن يطلب من المستأجر إزالتها و له أن يطلب فوق ذلك تعويضا عن الضرر الذي أصاب العقار من هذه الإزالة إن اقتضى الحال ذلك .

فإذا اختار المؤجر أن يحتفظ بهذه التحسينات على أن يرد إحدى القيمتين المتقدم ذكرهما جاز للمحكمة أن تمنحه أجلا للوفاء بها " .

يميز نص هذه المادة بين حالتين :

- في الحالة الأولى: إذا أحدث المستأجر بناء بعلم المؤجر و دون معارضته - و يقع عبء إثبات العلم على المستأجر و على المؤجر إثبات المعارضة - فإن المؤجر يعتبر موافقا على إقامة هذه المنشآت موافقة ضمنية على الأقل، لأنه علم بإقامة المنشآت و لم يعترض على ذلك، و من ثم يكون المستأجر في وضع الحائز حسن النية، و قد قضى النص في الفقرة الأولى منه بأن يستبقي المؤجر البناء لأنه كان موافقا على إحداثه فلا

[1] - منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، طبعة ١٩٦٥ مكتبة عبد ا وهبة، ص ٢٩٩ .

يجوز له طلب إزالته، و عليه أن يرد للمستأجر عند نهاية الإيجار أقل القيمتين ما أنفقه في تلك التحسينات أو ما زاد في العين المؤجرة .

إلى هنا لا يوجد خلاف بين هذه الأحكام و أحكام الالتصاق، غير أن الحائز حسن النية في أحكام الالتصاق يجوز له نزع المنشآت و إعادة العين إلى أصلها، أما المستأجر فلا يجوز له نزع المنشآت إذا أراد المؤجر استبقاءها .

كما يجوز في أحكام الالتصاق أن يطلب صاحب الأرض تمليك الأرض لصاحب المنشآت نظير تعويض عادل، إذا كان التزامه بتعويض صاحب المنشآت فيما إذا اختار استبقاها التزاما مرهقا له، أما المؤجر فلا يجوز له تمليك العين المؤجرة للمستأجر إلا باتفاق خاص.

- في الحالة الثانية: إذا أحدث المستأجر بناء دون علم المؤجر أو بعلمه و لكن رغم معارضته، وجب القول أن المؤجر غير موافق صراحة على ما أحدثه المستأجر إذا تم رغم معارضته أو غير موافق عليه حكما إذا تم دون علمه، و من ثم يكون المستأجر في وضع الحائز سيء النية، و قد قضى نص المادة ٥٠٤ من القانون المدني بأن يكون للمؤجر طلب الإزالة و على المستأجر عندئذ أن ينزع ما أحدثه في العين المؤجرة و أن يعيدها إلى حالتها الأولى، و للمؤجر أن يطلب تعويضا عن الضرر الذي يصيب العين المؤجرة إذا اقتضى الحال ذلك .

إلى هنا أيضا نلاحظ أن هذه الأحكام تتفق مع أحكام الالتصاق و يجوز للمؤجر كذلك أن يستبقي ما أحدثه المستأجر و لكن عليه أن يرد له أدنى القيمتين ما أنفقه المستأجر أو ما زاد في قيمة العقار، و هنا تختلف هذه الأحكام عن أحكام الالتصاق، فأحكام الالتصاق تقضي بأن يرد صاحب الأرض أدنى القيمتين قيمة المنشآت مستحقة الإزالة أو ما زاد في قيمة الأرض، فقيمة المنشآت مستحقة الإزالة في أحكام الالتصاق يقابلها في أحكام الإيجار ما أنفقه المستأجر، وواضح أن قيمة ما أنفقه المستأجر أكبر من قيمة المنشآت مستحقة الإزالة و بهذا يكون المشرع قد عامل المستأجر معاملة أفضل من معاملته للحائز سيء النية في أحكام الالتصاق .

و إذا اختار المؤجر أن يحتفظ بالمنشآت التي أقامها المستأجر ووجب عليه تعويضه فإنه يجوز للمحكمة أن تمنحه أجلا للوفاء .

ثانيا : حالة بناء المشتري في العقار المشفوع فيه

تنص المادة ٨٠٥ من القانون المدني على أنه " إذا بنى المشتري في العقار المشفوع فيه أو غرس فيه أشجارا قبل الإعلان بالرغبة في الشفعة، كان الشفيع ملزما تبعا لما يختاره المشتري أن يدفع له إما المبلغ الذي أنفقه أو مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس .

أما إذا حصل البناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة في الشفعة كان للشفيع أن يطلب الإزالة و إذا اختار أن يستبقي البناء أو الغراس فلا يلزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء و أجرة العمل أو نفقات الغراس " .

نلاحظ أن النص يفرق بين حالتين :

- <u>في الحالة الأولى:</u> إذا بنى المشتري قبل إعلان الرغبة في الشفعة اعتبر في وضع الحائز حسن النية، و كان مخيرا إذا ترك البناء في العقار المشفوع فيه أن يتقاضى من الشفيع إما المبلغ الذي أنفقه أو ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء .

و يختار المشتري[1] بين أكبر القيمتين لا بين أقلهما كما هو الأمر في أحكام الالتصاق، و هذا فرق جوهري بين أحكام الالتصاق و الشفعة، إذ يعامل المشتري معاملة أفضل من

[1] - أعطي الخيار للمشتري الذي أقام المنشآت لا للشفيع الذي يعتبر في وضع صاحب الأرض لأنه يصبح بالشفعة صاحب العقار المشفوع فيه

معاملة الحائز، و يبرر ذلك أن المشتري إنما يقيم المنشآت في ملكه إذ أنه لم يكن على علم برغبة الشفيع في الأخذ بالشفعة .

و إذا كانت أحكام الالتصاق تجيز لصاحب الأرض تمليك الأرض لمن أقام المنشآت في حالة ما إذا كان في تسديد قيمة المنشآت إرهاق له، إلا أنه لا يجوز للشفيع تمليك العقار المشفوع فيه للمشتري حتى لو كان التعويض المستحق عليه مرهقا له و كان أمامه أن يتفادى هذا الإرهاق بترك الأخذ بالشفعة، و هو فرق آخر بين أحكام الالتصاق و أحكام الشفعة .

- في الحالة الثانية: إذا بنى المشتري بعد إعلان الرغبة في الشفعة يعتبر في وضع الحائز سيء النية و يجوز للشفيع هنا أن يطلب الإزالة و لكن إذا استبقى البناء أخذه بقيمة ما أنفقه المشتري فيه، أي يلزم بدفع قيمة أدوات البناء و أجرة العمل .

و هنا يظهر الاختلاف واضحا بين أحكام الالتصاق و أحكام الشفعة، لأنه في الالتصاق إذا استبقى صاحب الأرض المنشآت يدفع أقل القيمتين، قيمتها مستحقة الإزالة أو قيمة ما زاد في ثمن الأرض بسبب المنشآت أما هنا فإن المشتري يعامل معاملة أفضل .

الفرع الرابع
عدم وجود اتفاق يخالف أحكام الالتصاق

تعد أحكام الالتصاق ذات طبيعة مكملة لأنها لا تتعلق بالنظام العام، و من ثم يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها، بل إنها لا تطبق إلا في حالة عدم وجود اتفاق مخالف، فإذا وجد اتفاق صريح أو ضمني بين من أقام المنشآت و صاحب الأرض بشأن هذه المنشآت، وجب إعمال هذا الاتفاق و استبعاد قواعد الالتصاق.

فالقانون يجيز إقامة الدليل على أن مالك الأرض قد خول أجنبيا ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق في إقامة هذه المنشآت و تملكها، و ملكية صاحب الأرض لما عليها أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى تعد قرينة قابلة لإثبات العكس، فلا يجوز التمسك بقواعد الالتصاق عند وجود اتفاق يخالف هذه القرينة.

و قد كيف نص المواد ٧٨٤ و٧٨٥ و٧٨٦ من القانون المدني الباني على أنه مـن الغيـر بالنسبة لصاحب الأرض، فقد ورد في نص المادة ٧٨٤ مدني كلمة "شخص" و في المـادة ٧٨٥ مدني عبارة "من أقام المنشآت " و في المادة ٧٨٦ مدني كلمة " أجنبي " و أورد النص الفرنسي للمواد كلمة " tiers " أي الغير، يعني أن صفة الغير شرط لازم لتطبيق هذه المواد التي لا يمكن أن تحكم حالات يجمع فيها بين الأطراف رابطة التزام .

هذا هو الحل الذي اعتمده الفقه و القضاء الفرنسيين وجود رابطة التزام ينفي عن البـاني صفة الغير و يشكل عائقا لتطبيق أحكام الالتصاق .

و يختلف الفقه و القضاء الفرنسيين في تحديد مفهوم الغير، فالبعض يعتمد مفهوما ضيقـا للغير و يعتبر أن وجود رابطة التزام مهما كانت تنفي حتما عن صاحب المنشآت صفة و يكون ميدان تطبيق الالتصاق ضيقا .

في حين يعتمد البعض الآخر مفهـوما موسعا و يعتبر أن وجود رابطة التزام لا يكون له بالضرورة تأثير على صفة الغير و لا يمنع من بقاء الباني من الغير، إلا إذا وجدت لهـذا الأخير علاقة بملكية الأرض و يكون ميدان تطبيق الالتصاق موسعا[1] .

و قد نصت المادة ٧٨٦ مدني :"إذا أقام أجنبي منشآت بمواد من عنده بعد الترخيص له من مالك الأرض فلا يجوز لمالك الأرض أن يطلب إزالة المنشآت إذا لم يوجد اتفـاق فـي شأنها، و يجب عليه أن يدفع للغير إذا لم يطلب هذا الأخيـر نزعهـا إحـدى القيمتـين المنصوص عليهما في الفقرة الأولى من المادة ٧٨٥ مدني " .

و عليه فإن رابطة الالتزام التي بموجبها يحرم الباني من صفة الغير هي تلك الرابطة التي تتجه مباشرة إلى الاتفاق على مصير المنشآت أي حالة ما إذا كانت إقامة المنشآت متوقعة و الحالة العكسية .

ففي الحالة الأولى لا يعتبر مالك الأرض و الباني من الغير بالنسبة للمنـشآت لأن هـذه الأخيرة شكلت بصفة رئيسية أو ثانوية موضوع اتفاقهما، وهنا لا تسري أحكام الالتصاق.

[1]- J-P. Delmas-Saint-Hilaire, De l’application de l’article 555 du code civil dans les rapports des personnes qu’unit un lien d’obligation , Revue trimestrielle de droit civil ; Sirey 1959 .Tome 57, p 437.

و في الحالة الثانية يعتبران من الغير بالنسبة للمنشآت لأنها أصبحت أجنبية عن موضوع اتفاقهما ، و وحده الاتفاق على مصير المنشآت كفيل باستبعاد أحكام الالتصاق .
و حسب المادة ٧٨٦ مدني فإن إقامة المنشآت تستند في هذا الفرض على ترخيص من صاحب الأرض و قد يكون هذا الترخيص صريحا أو ضمنيا، و الرخصة هنا ليست تلك التي تفيد التنازل عن المنشآت و لكن هذه الرخصة تمنع المالك فقط من طلب الإزالة، و هنا لا تسري أحكام الالتصاق و يعد الباني حسن النية، فإذا تضمن الاتفاق أحكاما تقضي في مصير المنشآت وجب إعمال بنود هذا الاتفاق، خاصة ما يتعلق بالتعويض الذي نميز فيما يتعلق به بين احتمالين :
١/ يمكن للقواعد المنظمة للرابطة بين الأطراف أن تورد بندا يرفض صراحة تقديم التعويض لصاحب المنشآت فيلزم الباني بمقتضى البند الوارد في الاتفاق بعدم المطالبة بالتعويض، و لا يمكن للباني أن يطالب بتطبيق أحكام الالتصاق على خلاف الاتفاق الذي تم بينه و بين صاحب الأرض، كما لا يمكنه التمسك بقواعد الإثراء بلا سبب لأن إثراء مالك الأرض في هذه الحالة يجد سببا له في أحكام الاتفاق المنعقد بين الطرفين .
٢/ عكس الحالة الأولى فإن الأطراف قد تدرج صراحة التعويض و لكن تحديده يكون بطرق مختلفة، فإما أن تحدد القيمة المالية بدقة أو أن يترك تقديرها للخبراء و الحرية متروكة للأطراف فإذا لم يرد هذا الاختيار فإن أحكام الالتصاق تسترد سلطانها و تسري في تحديد التعويض الواجب أداؤه .
أما إذا سكت الاتفاق عن مصير المنشآت فإن هذه الأخيرة تبقى خارج توقعات الأطراف و يبقى صاحب الأرض و الباني أجنبيان عن بعضهما البعض، و بالتالي يحمل الباني صفة الغير و تسري عليه أحكام الالتصاق، ولا يجوز لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة لأن هذا يتعارض مع الترخيص الممنوح للباني إضافة إلى أن هذا الأخير يعد حسن النية، و عليه يتملك صاحب الأرض البناء بالالتصاق و يدفع تعويضا للباني أقل القيمتين قيمة زيادة ثمن الأرض بسبب البناء أو قيمة المواد و أجرة العمل .
و قد جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ ١٩٨٩/١٢/١٣ ما يلي :" **من المقرر قانونا أنه إذا أقام أجنبي منشآت بمواد من عنده بعد الترخيص له من مالك الأرض فلا**

يجوز لمالك الأرض أن يطلب إزالة المنشآت و يجب عليه أن يدفع للغير إما قيمة المواد و أجرة العمل أو مبلغا يساوي ما زاد في قيمة الأرض بسبب هذه المنشآت .

و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون .

و لما كان من الثابت في قضية الحال أن المطعون ضده طلب توسيع محله من الطاعن و بترخيص من المالكين الآخرين فإن قضاة الموضوع الذين حكموا بملكية الجدران دون مراعاة أحكام المادة ٧٨٦ مدني يكونوا قد خالفوا القانون " [1] .

تؤكد المحكمة العليا في هذا القرار أنه في حالة حصول الباني على ترخيص من صاحب الأرض فإنه يجب على هذا الأخير أن يدفع للباني قيمة المواد و أجرة العمل أو مبلغا يساوي ما زاد في قيمة الأرض بسبب المنشآت، و لا يمكن لصاحب الأرض أن يسترد أرضه دون دفع هذا التعويض، و في قضية الحال فإن المطعون ضده حصل على ترخيص من المالك لتوسيع المحل، و بالتالي لا يمكن الحكم بملكية المحل لصاحب الأرض دون إلزام هذا الأخير بدفع التعويض المنصوص عليه في المادة ٧٨٦ مدني .

هذا و يبقى للباني الحق في نزع البناء من الأرض على أن يعيدها إلى أصلها .

و يتضح مما تقدم أن مثل هذا الاتفاق الذي يرخص فيه صاحب الأرض للغير في إقامة المنشآت على أرضه يمنع من إعمال أحكام الالتصاق منعا مؤقتا طوال مدة حيازة الباني للأرض، و لكن إذا انتهت مدة حيازة صاحب المنشآت للأرض و ذلك دون أن يوجد اتفاق يفصل في مصير المنشآت عندئذ تسري أحكام الالتصاق في علاقة صاحب الأرض بمقيم المنشآت .

الفرع الخامس
أن نكون بصدد ما يصدق عليه وصف المنشآت و أن يكون قصد بقاؤها على الدوام

[1] - قرار بتاريخ ١٩٨٩/١٢/١٣ تحت رقم ٥٦٠٩٩ المجلة القضائية العدد الثاني لسنة ١٩٩٣ ، ص١٨ .

تنص المادة ٧٨٩ مدني على أن " المنشآت الصغيرة كالأكشاك و الحوانيت و المآوى التي تقام على أرض الغير من دون أن يكون مقصودا بقاؤها على الدوام تكون ملكا لمن أقامها ".

الأصل أن كل ما يندمج في الأرض من منشآت صغيرة كانت أو كبيرة تسري عليها أحكام الالتصاق، لكن نص المادة السالفة الذكر أورد استثناء على هذه القاعدة مفاده أن المنشآت الصغيرة التي تقام مؤقتا على أرض الغير دون أن يقصد بقاؤها على الدوام و ذلك كالأكشاك، لا تسري عليها أحكام الالتصاق نظرا لصغر قيمتها و لأنها منشآت مؤقتة لم يقمها صاحبها على أرض الغير على سبيل الدوام .

و قد قضت المادة ٧٨٩ مدني بأن صاحب الأرض لا يتملك هذه المنشآت بالالتصاق و لذلك فهي تبقى ملكا لمن أقامها، و يستوي في ذلك أن يكون من أقام هذه المنشآت حسن النية يعتقد أن له الحق في إقامة هذه المنشآت على أرض الغير، أو سيئ النية يعلم أن الأرض مملوكة للغير و أنه لا يملك أي حق في البناء عليها .

و يترتب على ذلك أن صاحب هذه المنشآت يستطيع نزعها من الأرض حتى و لو كان سيء النية، بشرط أن يعيد الأرض إلى أصلها و أن يعوض صاحب الأرض عما عسى أن يكون قد أصابه من الضرر، كما يترتب على ذلك أيضا أن صاحب الأرض يستطيع أن يطلب إزالة المنشآت من أرضه حتى لو كان صاحبها حسن النية .

المبحث الثاني

النية و أثرها في البناء على أرض الغير

لقد ربط المشرع البناء على أرض الغير بأمر باطني هو النية و جعلها المحور الذي تدور عليه أحكام الالتصاق في مجموعها، و تبعا لذلك فإن البناء على أرض الغير قد يكون بحسن نية أو بسوء نية، و لكل وضع آثار خاصة مترتبة عنه .

و حسن نية الباني تجعله في مركز متميز عن الباني سيء النية، و هذا أمر طبيعي، فمن يقدم على أمر و هو يعلم أنه ليس له حق فيه لابد وأن يعاقب عليه عقابا يتناسب مع جرمه، و على العكس من ذلك فإن من يقدم على أمر و هو يعتقد أن له حقا فيه لا بد أن يعامل معاملة متميزة، لذلك فإن القانون منح حقوقا للباني حسن النية تفوق تلك الممنوحة للباني سيء النية .

و تظهر جليا هذه المعاملة المتميزة في التعويض الملقى على عاتق صاحب الأرض في حالة الباني حسن النية بالمقارنة مع التعويض المقدم في حالة سوء نية الباني .

و على هذا الأساس لا بد أن نعرف أو نحدد المقصود بسوء النية في البناء على أرض الغير و الآثار المترتبة عنها، هذا كله في المطلب الأول، ثم نتناول في المطلب الثاني المقصود بحسن النية و كذا الآثار المترتبة على ذلك، و نخصص المطلب الثالث للحديث عن كيفية أداء التعويض لصاحب المنشآت .

المطلب الأول
سوء النية و أثره في البناء على أرض الغير

لقد وضع المشرع الباني سيء النية تحت رحمة صاحب الأرض جزاءا على سوء نيته و تعديه على ملك غيره، و من ثم فقد منح القانون لصاحب الأرض الحق في طلب إزالة البناء المقام على أرضه بسوء نية، و هو من أهم الآثار المترتبة على سوء نية الباني بالإضافة إلى آثار أخرى نستعرضها في الفرع الثاني بعد تحديد المقصود بسوء النية في الفرع الأول .

الفرع الأول
المقصود بسوء النية

تنص المادة ٧٨٤ من القانون المدني على أنه : " إذا أقام شخص المنشآت بمواد من عنده على أرض يعلم أنها ملك لغيره دون رضاء صاحبها .... " .
يعد من أقام المنشآت سيء النية إذا كان يعلم وقت إقامتها أنه يقيمها علـى أرض غيـر مملوكة له و أنه ليس له الحق في إقامة البناء، لعدم حصوله على ترخيص من صـاحب الأرض .
و قد اعتمد المشرع في تعريف سوء النية على معيار شخصي و يمكن أن يـضاف إليـه معيار موضوعي مفاده أن يأخذ حكم سوء النية الجهل الناشئ عن خطأ جسيم، فيعتبر في حكم سيء النية المشتري من غير المالك إذا كان قد أهمل مطالبة البائع بالسند الذي يثبت ملكية هذا الأخير أو أهمل فحص هذا السند[1] .
و لكي يتوافر سوء النية حسب المادة السالفة الذكر لا بد من توفر شـرطين : أن يقـيم صاحب المواد المنشآت في أرض غيره، و أن يعلم بأنه ليس له الحق فـي إقامـة هـذه المنشآت لتخلف رضاء المالك أو إذنه لصاحب المواد بإقامتها، فإذا تخلـف الـشرطان أو تخلف أحدهما انتفى سوء النية ، كمن يبني في أرض غيره و هو يعلم بذلك و لكنه يعتقـد أن له الحق في إقامة البناء فيعد في هذه الحالة حسن النية .
و العبرة في تقدير حسن النية أو سوئها بوقت إقامة المنشآت، فلا ينفي حسن نية البـاني علمه بعد إقامته المنشآت أنه ليس له الحق في إقامتها ،و الأصل أن حسن النية مفتـرض حسب المادة ٣/٨٢٤ مدني التي تنص " و يفترض حسن النية دائما حتى يقوم الدليل على العكس " فعلى من يدعي العكس إثبات ذلك، فإذا ادعى مالك الأرض أن الباني سيء النية أي كان يعلم وقت أن أقام البناء أن الأرض مملوكة لغيره و قد أقام البناء دون رضـاء صاحب الأرض، فعلى هذا الأخير يقـع عـبء إثبات سوء نية الباني .

[1] - د/ ال خليل النشار، النية و أثرها البناء ملك الغ ، طبعة ١٩٩٩ ، دار ا امعة ا ديدة للنشر، ص ٣٥ _ د/ رمضان أبو السعود، الوجيز شرح ا قوق العينيـة الأصلية، أحكام ا قوق العينية الأصلية و مصادرها، طبعة ١٩٩٧ دار ا طبوعات ا امعية، ص ٢١٣ .

الفرع الثاني

أثر سوء النية في البناء على أرض الغير

تطرق المشرع في المادة ٧٨٤ من القانون المدني لحكم البناء على أرض الغير بسوء نية ، فجاء نص المادة كما يلي: " إذا أقام شخص المنشآت بمواد من عنده على أرض يعلم أنها ملك لغيره دون رضاء صاحبها ، فلصاحب الأرض أن يطلب في أجل سنة من اليوم الذي علم فيه بإقامة المنشآت إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض عن الضرر إذا اقتضى الحال ذلك ، أو أن يطلب إستبقاءها مقابل دفع قيمتها أو قيمتها في حالة الهدم أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب وجود المنشآت بها .

و يجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضررا ، إلا إذا اختار صاحب الأرض إستبقاءها طبقا لأحكام الفقرة السابقة ".

يستدعي نص المادة ٧٨٤ مدني الوقوف عند ما ورد فيه من أحكام، فلصاحب الأرض بموجب نص هذه المادة عدة خيارات، له أن يطلب إزالة المنشآت أو أن يطلب إستبقاءها مقابل دفع قيمتها أو قيمتها مستحقة الهدم أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب المنشآت .

و يتضح من خلال هذه المادة تكرار كلمة " قيمتها " و قد قصد المشرع بالأولى قيمة المواد و أجرة العمل، و هو نفس الخيار الذي ورد في النص باللغة الفرنسية مما يستبعد وقوع المشرع في خطأ.

و يبدو أن المشرع الجزائري قد تأثر بما ورد في نص المادة 555 من القانون المدني الفرنسي التي تجيز لصاحب الأرض في حالة الباني سيء النية أن يطلب إزالة المنشآت، فإن استبقاها و جب عليه أن يدفع قيمة الأدوات و أجرة العمل أو قيمة ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت، و يظهر نوع من المساواة بين الباني حسن النية و الباني سيء النية فيما إذا اختار صاحب الأرض استبقاء البناء (و لم يختر دفع قيمة المنشآت مستحقة الهدم في القانون الجزائري)، لأنه قرر له الخيار في الحالتين بين دفع قيمة المواد و أجرة العمل أو ما زاد في ثمن الأرض و هي مساواة غير عادلة .

ثم نجد المشرع الجزائري يحذو حذو المشرع المصري ويورد خيـارا آخـر لـصاحب الأرض لم يرد في القانون الفرنسي و هو دفع قيمة المنشآت مستحقة الهـدم المنـصوص عليها في المادة ٩٢٤ من القانون المدني المصري .

و بهذا يكون المشرع الجزائري قد جمع بين ما ورد في المادة 555 من القانون المـدني الفرنسي و المادة ٩٢٤ من القانون المدني المصري و أورد نص المادة ٧٨٤ مدني الـذي شابه الغموض .

واستجلاءا لهذا الغموض يحسن الاكتفاء بما ورد في جل التشريعات العربية التي منحـت لصاحب الأرض الحق في طلب الإزالة أو الاستبقاء مقابل دفع قيمة المنـشآت مـستحقة الهدم أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب المنشآت و هـو حـل عـادل و منطقي .

و قد أشار الأستاذ علي علي سليمان في كتابه ضرورة إعادة النظر في القـانون المـدني الجزائري إلى هذه المادة حيث جاء :"و تكرار كلمة قيمتها خطأ يؤدي إلى اللبس، ثـم إن التعبير بقيمتها في حالة الهدم غير واضح و لا يؤدي المعنى الذي قصد إليه المشرع، فقد أراد المشرع ألا يلزم مالك الأرض إذا أراد استبقاء المنشآت بدفع أجـرة العمـل التـي صرفت لإقامتها، و منحه الخيار بين أن يستبقيها دون دفع قيمة العمل الذي تم في إقامتها أي أن يستبقيها كمواد و كما لو كانت أنقاضا و بين أن يدفع قيمة ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت "[1] .

و يتضح من نص المادة ٧٨٤ مدني أنه نظرا لسوء نية الباني يبـسط المـشرع الحماية على صاحب الأرض لأنه هو المعتدى عليه، و من مظاهر هذه الحماية أنه منحه الحق في طلب إزالة المنشآت التي أقامها الباني سيء النية ، أو إستبقاءها مقابل دفع قيمة البناء مستحق الإزالة أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب البناء .

أما الباني سيء النية فقد تشدد المشرع في معاملته فبالرغم من أنه منحه في الفقرة الثانية من المادة ٧٨٤ مدني الحق في طلب الهدم و لكن قيد ذلك بعدم إبـداء صـاحب الأرض رغبته في استبقاء المنشآت .

[1] - د/ علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، طبعة ١٩٩٢، ص١٧٠ .

و الخيارات الممنوحة لصاحب الأرض تختلف بحسب المدة المنقضية من تـاريخ علمـه بإقامة المنشآت، فهي تختلف في السنة الأولى عنها في السنة التالية، و عبء إثبات العلـم هنا يقع على صاحب المنشآت و له أن يثبت ذلك بجميع طرق الإثبات لأن العلـم واقعـة مادية .

أولا: موقف صاحب الأرض : لقد أعطت المادة ١/٧٨٤ مدني لـصاحب الأرض الخيار بين أمرين : طلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض عما يكون قـد أصابه من أضرار من جراء ذلك، أو طلب استبقاء المنشآت مقابل دفع قيمتهـا مـستحقة الإزالة أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب المنشآت، و سنتعرض إلى كل هذا بالتفصيل فيما يلي :

الخيار الأول : طلب إزالة المنشآت : لصاحب الأرض أن يطلب إزالة المنشآت و إعـادة الأرض إلى حالتها الأولى و يتم ذلك على نفقة من أقام هذه المنشآت، هذا بالإضافة إلـى الحق في طلب التعويض عما أصاب الأرض من أضرار بسبب البنـاء، وعليـه يلتـزم صاحب المنشآت بهدمها، ويلاحظ أنه لا مجال هنا لإعمال أحكام الالتصاق لأن المبـاني قد أزيلت و لم يتملكها صاحب الأرض، و قد تقرر هذا الحكم جزاء سوء نية الباني حيث أقام المنشآت و هو يعلم بأنه لا حق له في ذلك .

و يجب على القاضي أن يجيب صاحب الأرض إلى طلبه بإزالة البناء حتى و لـو كـان الضرر الذي ترتب من جراء البناء على أرضه يسيرا يمكن للتعويض أن يجبره، و ذلـك لأن البناء على أرض الغير فيه اعتداء صارخ على ملكية صاحب الأرض و من ثم فـإن لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة و لا يخضع في ذلك لأية رقابة قضائية، لـذلك نجـد القضاء الفرنسي يرفض إعمال نظرية التعسف في استعمال الحق فـي مجـال رخـصة الإزالة [1].

و على خلاف هذا الرأي يرى الدكتور محمد حسين منصور أنه يجب أن يخـضع حـق المالك في طلب الإزالة للقاعدة العامة في التعسف في استعمال الحق،أي أنه على القاضي أن يراعي مدى جسامة الضرر الذي لحق بصاحب الأرض، و أن على صـاحب الأرض أن لا يتعسف في طلب الإزالة خاصة إذا كان الضرر الذي لحق به يـسيرا لأن الإزالـة

[1] - د/ جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص ٥٧ .

هدم والهدم يتعارض مع روح العصر في التشجيع على البناء[1] و لا يخفى ما يحـدث من مشاكل نتيجة الهدم، لذلك يجب إعمال نظرية التعسف في استعمال الحق [2] .

و نرى أنه بالرغم من الانتقادات التي تعرضت لها رخصة الهدم إلا أنه ينبغي أن نـضع دائما في اعتبارنا أننا أمام باني سيء النية، استولى على أرض الغير و بنى عليها رغـم علمه بعدم أحقيته في هذا البناء، و عليه نرى أنه لا مجال لإعمال نظرية التعـسف فـي استعمال الحق في مجال رخصة الإزالة، خاصة و أن المشرع و بعد منحه هـذا الحـق لصاحب الأرض قيده وجعل مدة المطالبة به سنة من يوم علم صـاحب الأرض بإقامـة المنشآت، فإذا انقضت هذه المدة سقط حقه في طلب الإزالة و هو ما يبين حرص المشرع على تضييق نطاق الهدم .

و قد ثار الخلاف حول ما إذا كان يجب على صاحب الأرض أن يرفع دعوى يطلب فيها إزالة المنشآت التي أقامها الباني أم يكفي إبداء الرغبة في الإزالة .

هناك من يرى بأنه لا يشترط رفع الدعوى بالإزالة فيكفي إبداء الرغبة و لو بكتاب مسجل بل و لو شفويا، و يكون عبء الإثبات على صاحب الأرض [3].

و قد جاء نص المادة ٧٨٤ مدني خاليا من طلب رفع الدعوى مما يوحي بأن المـشرع لا يشترط ذلك، فلو كان لازما لنص عليه المشرع و هو ما فعله في حالة البناء على الأرض بمواد مملوكة للغير المنصوص عليها في المادة ٧٨٣ مدني، حيث ألزم صـاحب المـواد برفع دعوى باستردادها خلال سنة من اليوم الذي يعلم فيه أنها اندمجت في هذه المنشآت .

و على العكس من ذلك فإن هناك من اشترط رفع الدعوى بالإزالة قبل انقضاء سنة مـن يوم علم صاحب الأرض بإقامة المنشآت[4] لأن كلمة "يطلب" الواردة بالمادة ٧٨٤ مـدني تؤدي ذات المعنى الوارد بالمادة ٧٨٣ مدني و هو رفع الدعوى، هذا بالإضـافة إلـى أن صياغة الفقرة الأولى مـن المادة ٧٨٤ مدني بالجمع بين الحق في طلب الإزالة و الحـق

---

[1] - و هو رأي كاربونييه أشار إليه د/ السنهوري في كتابه الوسيط في شرح القانون المدني،المرجع السابق في الهامش ص٢٧٩ .

[2] - محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية ، المرجع السابق، ص ١٨٨ .

[3] - ر أي الأستاذ السنهوري، المرجع السابق في الهامش، ص ٢٨٢ .

[4] - د/ جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص٦٠ .

في طلب التعويض خلال ميعاد السنة تؤكد المراد بمعنى الطلب و هو رفع الدعوى، لأنه لا بد من رفع دعوى لطلب التعويض .

و نحن نميل إلى الرأي القائل بوجوب رفع الدعوى بالإزالة، لأن الإزالة ليست هينة و إذا كان المشرع قد اشترط في المادة ٧٨٣ مدني على مالك المواد رفع دعوى لاستردادها، فمن باب أولى يشترط على صاحب الأرض رفع دعوى يطلب فيها إزالة المنشآت .

و هو نفس الرأي الذي تبنته المحكمة العليا، حيث جاء في قرار لها صادر بتاريخ ٢٠٠١/٠٢/٢٨ ما يلي : " **من المقرر قانونا أنه إذا أقام شخص المنشآت بمواد من عنده على أرض يعلم أنها ملك لغيره بدون رضاء صاحبها، فلصاحب الأرض أن يطلب في أجل سنة من اليوم الذي يعلم فيه بإقامة المنشآت إزالتها .**

و إن القضاء بإزالة المنشآت التي أقامها الطاعن على أرض المطعون ضدهم بناءا على الخبرة التي أثبتت أن الحائط تم بناؤه على أرض الغير، فإنه قضاء صائب طبقا للمادة ٧٨٤ مدني لأن دعوى إزالة المنشآت ترفع خلال السنة الموالية للعلم بإقامة المنشآت و ليس من تاريخ إنشائها "[1] .

أكدت المحكمة العليا في الفقرة الأولى من قرارها على المبدأ القانوني الذي شرحناه سابقا، و الذي يقضي بأن صاحب الأرض يجب أن يطلب الإزالة خلال السنة الموالية لعلمه بإقامة المنشآت .

و يستخلص من الفقرة الثانية لهذا القرار فكرتين أساسيتين :

١/ إن المحكمة العليا تشترط رفع دعوى لطلب إزالة المنشآت لا مجرد إبداء صاحب الأرض رغبته في الإزالة، وهذا الرأي وارد صراحة في القرار، فقد تبنت المحكمة العليا تفسير كلمة "يطلب" على أنها رفع دعوى بإزالة المنشآت، و يتضح ذلك من العبارة " لأن دعوى إزالة المنشآت " و لم تورد المحكمة العليا كلمة" طلب إزالة المنشآت " كما جاء في المادة ٧٨٤ مدني .

٢/ يستخلص أيضا أن دعوى إزالة المنشآت ترفع خلال سنة من يوم علم صاحب الأرض بإقامة المنشآت و ليس من تاريخ إنشائها، فإذا تم تشييد المنشآت في سنة ١٩٩٤

[1] - قرار بتاريخ ٢٠٠١/٠٢/٢٨ ملف رقم ٢٠٧٢٦١ المجلة القضائية العدد الثاني لسنة ٢٠٠١، ص٢٦٩ .

كما هو الأمر في قضية الحال، و لم يعلم صاحب الأرض بوجودها إلا في سنة ٢٠٠٠فإن مدة السنة تحسب من هذا التاريخ الأخير و ليس من تاريخ إقامة المنشآت.

و عوض أن يطلب صاحب الأرض الإزالة فقد منحه القانون خيارا آخر يتمثل في استبقاء البناء مقابل دفع تعويض للباني و هو ما سنفصله فيما يلي:

<u>الخيار الثاني</u> : استبقاء البناء و تملكه :هذا هو الخيار الممنوح لصاحب الأرض، فإذا أبدى صاحب الأرض رغبته في استبقاء البناء قبل مرور السنة فلا يجوز له أن يرجع في رغبته هذه و يطلب إزالة البناء، و هذا بعكس ما لو طلب الإزالة في بداية الأمر فإنه يجوز له أن يعدل عنها و يطلب الاستبقاء و ذلك كله حرصا على عدم الهدم .

فإذا انقضت مدة سنة من يوم علم صاحب الأرض بإقامة المنشآت دون أن يختار هذا الأخير الإزالة أو يعلن رغبته في استبقاء المنشآت، و هذا إذا لم يطلب صاحب المنشآت نزعها إذا كان النزع لا يلحق بالأرض ضررا، فإن صاحب الأرض يتملك هذه المنشآت طبقا لقواعد الالتصاق المقررة في القانون المدني و لا يستطيع أن يطلب الإزالة بعد مرور السنة و يجبر على دفع التعويض للباني، و ذلك لأن سكوت صاحب الأرض على إقامة المنشآت بالرغم من علمه بإقامتها يعد بمثابة اختيار ضمني لاستبقاء المنشآت، هذا بالإضافة إلى أنه و بعد مرور السنة لم يعد صاحب الأرض يملك الخيار بين طلب الإزالة أو الاستبقاء و إنما ينحصر اختياره في التعويض الواجب أداؤه لصاحب المنشآت .

و عليه فإذا استبقى مالك الأرض البناء المقام على أرضه فإن ذلك لا يكون بدون مقابل و يلتزم بتعويض الباني عن هذا البناء .

و لقد نصت المادة ٧٨٤ مدني على مقدار هذا التعويض و ترك الخيار لمالك الأرض بين دفع قيمة المنشآت مستحقة الإزالة، أي أن يدفع قيمة الأنقاض منقوصا منها مصروفات الهدم، معنى ذلك أن يستبقي المنشآت كمواد و كما لو كانت أنقاضا[1]، و لصاحب الأرض أن يدفع قيمة ما زاد في ثمن الأرض بسبب المنشآت و هي تمثل مقدار ما اغتنى به صاحب الأرض بسبب إقامة المنشآت .

و العبرة في تقدير قيمة التعويض بوقت الاستحقاق، و يقدر الخبير ثمن المثل للأرض

[1] - و لقد أعطي لصاحب الأرض هذا الخيار لأنه كان من حقه أن يطلب إزالة البناء فله أن يستبقيه و لكن مستحق الإزالة على النحو الذي أوضحناه .

خالية من المنشآت، ثم يقدر ثمن المثل للعقار بعد إقامة المنشآت و الفرق بين الثمنين هـ و ما زاد في ثمن الأرض بسبب إقامة البناء .

و نشير أن التعويض الذي يدفعه صاحب الأرض يستحق في ذمة من يكون مالكا للأرض وقت المطالبة بهذا التعويض، و عليه لو تغير المالك للأرض فأصبح شخصا آخر غيـ ر الذي كان وقت إقامة المنشآت، فإن هذا الأخير يكون ملتزما بالتعويض لصاحب البنـاء و من حقه أن يرجع على المالك الأول .

و يلاحظ أن المقابل الذي يدفعه صاحب الأرض على النحو المتقدم يختلف عما تقضي به قواعد الإثراء بلا سبب، فمقتضى تلك القواعد أن صاحب الأرض يدفع أقل القيمتين قيمة ما اغتنى به هو و قيمة ما افتقر به صاحب المنشآت، و قيمة ما افتقر به صاحب المنشآت طبقا لقواعد الإثراء تتمثل في قيمة المواد و أجرة العمل، بينما القيمة التي يلتزم بوفائهـا صاحب الأرض هي قيمة الأنقاض وواضح أنها تعد أقل من قيمة ما افتقر بـه صـاحب المنشآت و ذلك جزاءا على سوء نيته .

لذلك يرى الفقه أن سبب التزام صاحب الأرض بدفع المقابل ليس هو الإثراء بلا سبب و إنما هو القانون[1] .

ثانيا: موقف الباني سيء النية : لم يهضم القانون حق الباني رغم أنه سـيء النية، فإذا اختار صاحب الأرض استبقاء البناء فإنه لا يتملكه بدون مقابل و عليه أن يدفع تعويضا للباني أقل القيمتين، و قد يبدو لأول وهلة أن هذا التعويض مجحف بالباني إلا أنه ينبغي أن نضع في الاعتبار أن صاحب الأرض يمكنه المطالبة بهدم البناء .

و إذا كانت المادة ٧٨٤ مدني قد منحت صاحب الأرض سلطة واسعة إلا أنها لم تغفل حق الباني رغم أنه سيء النية، فقد نصت الفقرة الثانية على أنه : " و يجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضررا إلا إذا اختـار صـاحب الأرض إستبقاءها طبقا لأحكام الفقرة السابقة ".

و قد اختلف الفقهاء حول جدوى إضافة هذه الفقرة لنص المادة ٧٨٤ مدني، فيرى الدكتور علي علي سليمان بأن هذا الحكم تزيد لا معنى له لأن الحال لا تخلو من أحد أمرين : فإما

[1]- د/ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص٢١٥ -و انظر: د/ السنهوري، المرجع السابق، ص٢٨١ -د/ علي علي سليمان، شرح القانون المدني الليبي، الحقوق العينية الأصلية و التبعية، منشورات جامعة بنغازي ، ص١٨٩ .

أن يطلب صاحب الأرض الإزالة فلا يكون هناك محل لطلب صاحب المنشآت الإزالة ما دام صاحب الحق في طلب الإزالة قد استعمل حقه، و إما أن يختار صاحب الأرض استبقاء هذه المنشآت فلا يكون هناك محل أيضا لطلب الإزالة من قبل صاحب المنشآت[1].

و يوافق هذا الرأي مع كثير من التفصيل الأستاذ منصور مصطفى منصور الذي يستبعد كل التبريرات التي قدمها الفقهاء، فهو يرى أن القول بأن المقصود بنص الفقرة الثانية أنه إذا لم يحدد صاحب الأرض موقفه فإنه يجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إذا كان النزع لا يلحق بالأرض ضررا، هذا يعني أن المشرع يعطي لمن أقام المنشآت فرصة المبادأة حتى يحمل صاحب الأرض على تحديد موقفه دون انتظار السنة، و لكن يعترض على ذلك بأن من حق صاحب الأرض أن يستفيد من مدة السنة فلا يجوز إجباره على الاختيار قبل ذلك .

و يرى نفس المؤلف أيضا أن القول بأنه إذا تملك صاحب الأرض المنشآت بالالتصاق و امتنع عن دفع المقابل كان للباني أن يلزمه بالدفع أو يطلب نزع المنشآت إذا كان النزع لا يلحق بالأرض ضررا، و لكنه ينتقد هذا الرأي على أساس أن الباني يستطيع أن يستوفي التعويض وفقا للقواعد العامة[2] .

و يبدو أن المشرع يحرص دائما على استبقاء المنشآت إذ على الرغم من منحه لصاحب المنشآت الحق في طلب إزالتها إلا أن الاختيار يبقى لصاحب الأرض الذي يمكنه أن يستبقي المنشآت، و على العموم فإنه يجوز لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة أو الاستبقاء، و لصاحب المنشآت أيضا أن يطلب الإزالة إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضررا فيجبر صاحب الأرض على الاختيار قبل انقضاء السنة بقبول الإزالة أو استبقاء المنشآت .

و نشير إلى أن الفقرة الثانية من المادة ٧٨٤ مدني عندما أجازت لصاحب المنشآت طلب نزعها إن كان النزع لا يلحق بالأرض ضررا، لم تحدد ميعادا لهذا الطلب كما حددت الفقرة الأولى من ذات المادة، و عليه يجوز لصاحب المنشآت حتى بعد انقضاء السنة طلب نزعها إذا كان النزع لا يلحق بالأرض ضررا، و في هذه الحالة يكون صاحب

---

[1] - د/ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص ١٨٩ .

[2] - منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص ٢٩٢ .

الأرض مخيرا بين قبول النزع أو طلب الاستبقاء مع دفع التعويض، أما إذا لم يطلب صاحب المنشآت نزعها و طلب استبقاءها فإن صاحب الأرض يفقد خياره و يكون مجبرا على دفع أقل القيمتين لأن حق صاحب الأرض في طلب الإزالة مقيد بمدة سنة من اليوم الذي يعلم فيه بإقامة المنشآت على أرضه .

المطلب الثاني
حسن النية و أثره في البناء على أرض الغير

لا شك أن حسن نية الباني تجعله في مركز أفضل من الباني سيء النية، لأنه أقدم على البناء و هو يجهل أنه يعتدي على حق غيره، و يظهر هذا الفرق في المعاملة خصوصا في التعويض المستحق للباني حسن النية بالمقارنة مع التعويض المستحق للباني سيء النية، و بعد أن رأينا في المطلب الأول مفهوم سوء النية و أثره، نتساءل الآن عن المقصود بحسن النية ؟ و ما هي الآثار المترتبة على حسن نية الباني ؟ و سنخصص فيما يلي فرعا لكلا العنصرين :

الفرع الأول
المقصود بحسن النية

الأصل أن الباني حسن النية و على صاحب الأرض إثبات العكس فيما إذا أراد أن تطبق على واضع اليد أحكام الباني سيء النية، و لقد نصت المادة ٧٨٥ مدني على أنه " إذا كان من أقام المنشآت المشار إليها في المادة ٧٨٤ مدني يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها ...." .

فالمقصود بحسن نية الباني طبقا لنص هذه المادة اعتقاده بأن له الحق في إقامة البناء، و لا يلزم لتوافر مثل هذا الاعتقاد اعتقاده بأنه يملك الأرض و من ثم يعتبر حسن النية من يبني في أرض يعتقد بأنه قد ورثها، و يعتبر كذلك حسن النية من حاز الأرض بنية تملكها و اعتقد بأن المدة القانونية المكسبة للحق قد مضت .

فالقانون لم يشترط السبب الصحيح كشرط مستقل لأن حسن النية يتـصور وجـوده دون السبب الصحيح، فقد يستند الحائز في حيازته إلى سند قانوني، و لكن هذا السند قد يكـون معيبا لصدوره من غير مالك أو لعدم استيفائه للشكل الذي رسمه القانون، و الحائز فـي كل هذا يجهل ما لحق السند من عيب فيعتبر حسن النية، إلا إذا كان الجهل ناشئا عن خطأ جسيم فإنه يعتبر سيء النية، و هو ما نصت عليه المادة ٨٢٤ مدني " يفرض حسن النية لمن يحوز حقا و هو يجهل أنه يعتدي على حق الغير إلا إذا كان الجهل ناشئا عن خطـأ جسيم " ، و السند الظني هو الذي يوجد في اعتقاد الباني فقط كاعتقاده بأنه وارث ثم قـام بالبناء على الأرض بناءا على هذا الاعتقاد و لكن تبين في النهاية أنه غيـر وارث، و إذا ادعى الباني بأنه يستند في بنائه إلى السند الظني فإنه يكلف بإثبات حسن نيته بناءا علـى وجود هذا السند في اعتقاده، و إثبات النية تحكمه قاعدة أن حسن النية مفترض و على من يدعي العكس إقامة الدليل على دعواه حسب المادة ٣/٨٢٤ مدني[1] .

فمناط حسن النية في القانون المدني الجزائري هو أن يعتقد من أقام المنشآت أن له الحق في إقامتها، فلا يلزم أن يكون الباني حائزا بالمعنى القانوني أي يعتقد أنه مالك للأرض بل يكفي أن يعتقد أن له الحق في إقامة البناء و من ثم لا ضرورة لوجود السبب الـصحيح، عكس القانون الفرنسي الذي يشترط لاعتبار الباني حسن النية أن يعتقد أن الأرض التـي أنشأ عليها البناء هي ملكه و أن يكون في يده سند ناقل للملكية حـسب المـادة ٥٥٠ مـن القانون المدني الفرنسي، و هو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في حكـم لهـا صـادر بتاريخ ١٢ جويلية ٢٠٠٠ [2].

و يكون الباني حسن النية بالرغم من علمه بأنه لا يملك الأرض إذا كان يعتقد أن له الحق في إقامة البناء عليها نتيجة لحصوله على ترخيص من صاحب الأرض دون اتفاق علـى تحديد مصير البناء، و نجد أن محكمة النقض الفرنسية في ذات الحكم أعـلاه تعتبـر أن

---

[1] - د/ جمال خليل النشار،المرجع السابق،ص٢٩ - و انظر في نفس التعريف: - منصور مصطفى منصور، االمرجع الـسابق، ص ٢٩٠ - عبد الرزاق السنهوري،المرجع السابق، ص ٢٨٦ - عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص ٣١٥ - محمد حسين منـصوره المرجـع السابق، ص ١٨٦ - رمضان أبو السعود،المرجع السابق، ص ٢١٣ .

[2] - La semaine juridique . - Edition générale .N°٢٣ ,٦ juin ٢٠٠١, page ١١٠٩, Edition Juris -classeur .

الترخيص الممنوح للمستأجر سواء كان صريحا أو ضمنيا لا يمكنه أن يؤثر على نية هذا الأخير الذي يبقى سيء النية .

و العبرة بحسن أو سوء النية هو وقت إقامة المنشآت على الأرض، و لا يهم التغير الذي يطرأ بعد ذلك على هذه النية فمن يقيم البناء بحسن نية ثم تبين له بعد ذلك أنه يبني في ملك غيره يعامل معاملة الباني حسن النية .

الفرع الثاني
أثر حسن النية في البناء على أرض الغير

تنص المادة ٧٨٥ مدني على أنه :" إذا كان من أقام المنشآت المشار إليها في المادة ٧٨٤ مدني يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها فليس لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة و إنما يخير بين أن يدفع قيمة المواد و أجرة العمل أو مبلغا يساوي ما زاد في قيمة الأرض بسبب هذه المنشآت، هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها .

غير أنه إذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الأهمية و كان تسديدها مرهقا لصاحب الأرض، جاز له أن يطلب تمليك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل " .

يتضح من هذه المادة أن المشرع قد راعى حسن نية الباني من عدة جوانب، أولها أنه سلب صاحب الأرض من حقه في طلب الإزالة، و ثانيها أنه يجوز لصاحب البناء أن يطلب نزعه، و ثالثها أن التعويض المقدر لصاحب البناء يقدر على نحو أفضل بعكس الباني سيء النية .

<u>أولا :</u> تملك صاحب الأرض للبناء ما لم يطلب صاحب البناء نزع مواده

إذا أقام شخص بناءا على أرض مملوكة لغيره بمواد من عنده و كان حسن النية كأن اعتقد بأن له الحق في إقامة البناء، ثم رفع عليه مالك الأرض دعوى استحقاق و استرد الأرض، في هذه الحالة لا يكون لصاحب الأرض أن يطلب إزالة البناء و إنما يكون له الخيار بين أن يدفع له الباني قيمة المواد وأجرة العمل أو مبلغا يساوي ما زاد في قيمة الأرض بسبب إقامة المنشآت، و في هذه الحالة يتملك صاحب الأرض البناء بالالتصاق

كسبب من أسباب كسب الملكية، و لقد حـرم المشرع مالك الأرض من طلب نزع البناء فلا خيار له إلا في التملك.

و يتضح أن الحكمة من ذلك هو أن المشرع قد قدر أن الباني و هو حسن النية يكون قـد بنى بناءا نافعا لمن يملك الأرض، فإقامة البناء لم تكن بقصد الإضرار بصاحب الأرض و إنما بقصد جلب المنفعة لذاته .

و تملك صاحب الأرض للبناء إنما هو مقيد بعدم طلب صاحب البناء للإزالة، فإذا طلـب صاحب البناء هدم المباني فإنه يلتزم بإصلاح الأرض لما عسى أن يكون قد سببه النـزع من أضرار، أي يلتزم بإعادة الحال إلى ما كانت عليه أو تعويض صاحب الأرض عمـا لحقه من أضرار نتيجة الهدم[1] و إذا كان المشرع قد أعطى لصاحب البناء حـق طلـب الإزالة و لم يعطي هذا الحق لصاحب الأرض فإن ذلك يفيد حرصه على مصلحة البـاني حسن النية .

و يلاحظ من خلال نص المادة ٧٨٥ مدني أن المشرع لم يقيد حق صاحب البناء في طلب الإزالة بمدة معينة كما اشترطه في حالة سوء نية الباني طبقا للمادة ٧٨٤ مدني حيث قيـد حق صاحب الأرض في طلب الإزالة بمدة سنة من يوم علمه بإقامة المنشآت، أما البـاني حسن النية فيجوز له أن يطلب الإزالة و لو بعد مضي سنة .

<u>ثانيا</u>: حقوق الباني إذا تملك صاحب الأرض البناء

إذا تملك صاحب الأرض البناء و هذا في حالة ما إذا لم يطلب صاحبه إزالته فـإن هـذا يتولد عنه حقوق للباني، و لا يمكن أن يتملك صاحب الأرض البناء المقام علـى أرضـه دون دفع مقابل لذلك، و عليه نبين فيما يلي الخيارات التـي منحهـا المـشرع لـصاحب الأرض:

<u>الخيار الأول</u> : دفع ما زاد في قيمة الأرض بسبب البناء

إن هذا الخيار ممنوح لصاحب الأرض سواء كان الباني سيء النية أو حسن النية، فله أن يختار دفع ما زاد في ثمن الأرض بسبب البناء و ذلك إذا تملك البناء المقام على أرضه .

و قد قلنا في المطلب الأول أن الزيادة يتم تقديرها عن طريق خبير حيث يقوم بتقدير ثمن

---

[1] - قد تقتضي مصلحة الباني هدم البناء الذي أقامه ، و تتحقق هذه المصلحة إذا كان النزع لا ينشأ عنه تلف كبير وكانت قيمة الأدوات أكبـر من التعويض الذي يتقاضاه من صاحب الأرض.

الـمثل للأرض و هي خالية، ثم يقوم بتقدير ثمن المثل للعقار بعد إقـامة البناء و الفرق بين الثمنين هو ما زاد في قيمة الأرض بسبب البناء.

و لا يجوز لصاحب الأرض أن يختار دفع قيمة المنشآت مستحقة الإزالة كما يكون له ذلك في حالة الباني سيء النية، لأنه ليس له أن يطلب الإزالة و من ثم لا يوجد سبب لدفع قيمة المنشآت مستحقة الإزالة .

و يلاحظ أن العبرة في تقدير الزيادة في ثمن الأرض هي بالزيادة الناشئة عن البناء كمـا هو واضح من خلال المادة ٧٨٥ مدني و ليس بسبب آخر، و عليه فإن صاحب الأرض لا يلزم إلا بدفع ما زاد في قيمة الأرض بسبب البناء، أي ضرورة وجـود علاقـة سـببية مباشرة بين البناء والزيادة في ثمن الأرض، و ذلك لأن الزيادة في القيمة بغير البنـاء لا تسبب أي افتقار للباني، و ما عاد على صاحب الأرض من فائدة متمثلة في زيـادة قيمـة الأرض إنما يرجع إلى ملكيته لأرضه و ليس لما أقيم عليها من بناء، فهذه الفائدة تستحق سواء أقيم البناء أم لا.

و يثور التساؤل عن وقت تقدير الزيادة في قيمة الأرض فهل يعتد بالزيـادة لحظـة اندماج البناء في الأرض أم يوم الاستحقاق ؟.

يذهب غالبية الفقه[1] إلى القول بأن القيمة تقدر يوم الاستحقاق لا وقت إقامة المنـشآت، لأن وقت الاسترداد هو الوقت الذي يكسب فيه صاحب الأرض ملكية المنشآت بالالتصاق و من ثم يكون هو الوقت الذي يتحقق فيه الإثراء بالنسبة إليه .

في حين يرى بعض الشراح أن القيمة تقدر يوم الاندماج لا يوم الاستحقاق، و ذلـك لأن تقدير التعويض بقيمة الزيادة يوم الاستحقاق يتعارض مع أحكام الإثراء بلا سـبب حيـث يقدر الإثراء بالنظر إلى وقت دخوله في ذمة المثرى لا إلى وقت رفع الدعوى .

و يبدو أن الرأي الأول هو المرجح لأن صاحب الأرض لا يكسب ملكية المنشآت إلا وقت الاسترداد لا وقت إقامتها، و لذلك يكون وقت الاسترداد هو الوقت الذي يتحقق فيه الإثراء بالنسبة إليه .

الخيار الثاني : دفع قيمة المواد و أجرة العمل

هذا هو الخيار الآخر المقدم لصاحب الأرض و هو دفع قيمة المواد و أجرة العمل و هي

---

[1] - ومنهم د/ السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني، عبد المنعم فرج الصده، جمال خليل النشار .

القيمة التي افتقرت بها ذمة الباني، و تمثل التكلفة الفعلية التي أنفقها الباني في سبيل إقامة البناء، و العبرة بما أنفقه الباني فعلا على البناء من شراء مواد و أجرة العمل و من ثم لا ينظر إلى بناء مثله حتى يتم تقدير هذه القيمة إلا إذا كان صاحب الأرض لم يقيد ما أنفقه على بنائه في سجل خاص، و قد قضت المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ ١٩٨٨/١٠/٢٦ بأنه " **من المقرر قانونا أن من أقام منشآت على أرض مملوكة للغير يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها، فلصاحب الأرض الخيار بين أن يدفع قيمة المواد و أجرة العمل أو مبلغا يساوي ما زاد في قيمة الأرض بسبب هذه المنشآت و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون .**

لما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعن أقام المنشآت المتنازع عليها بحسن نية و في مراحل مختلفة من حيث الأسعار، فإن قضاة الموضوع بمصادقتهم على تقرير الخبير و الحكم على المطعون ضده بدفعه للطاعن المصاريف التي صرفها على الفيلة محل النزاع اعتمادا على التقويم الإجمالي الذي قدره الخبير دون مراعاة ما تفرضه المادة ٧٨٥ مدني....... فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون ."[1]

تضع المحكمة العليا في هذا القرار مبدأ هاما مفاده أن تقدير قيمة الأدوات و أجرة العمل لا يمكن أن يكون مبلغا جزافيا و يجب أن يقدر كل جزأ على حدى، أي تقدير المبلغ الفعلي الذي أنفقه الباني في شراء مواد البناء و المبلغ الذي دفعه كأجرة العمل حتى لا تهضم حقوق الباني، فتقدر قيمة الأدوات بالنظر إلى سعرها وقت البناء و لو كان البناء قد أقيم على مراحل مختلفة من حيث الأسعار، فيؤخذ بعين الاعتبار هذا الاختلاف في السعر لأن الأدوات قد يرتفع سعرها، و هذا حتى يكون التعويض دقيقا و عليه لا يمكن اعتماد تقويم إجمالي.

و يلاحظ أن هذا التقدير في مصلحة الباني لكونه حسن النية، فقد أراد المشرع أن يوفر له الحماية اللازمة حتى لا يثرى صاحب الأرض على حسابه، فتقدير التعويض مبلغا إجماليا فيه إجحاف بالباني لأن هذه القيمة تقل بكثير عن قيمة الأدوات و أجرة العمل كل مقدر على حدى .

هذا و إن الملزم بدفع التعويض هو صاحب الأرض وقت المطالبة بالتعويض، فإذا بيعت

[1] - قرار بتاريخ ١٩٨٨/١٠/٢٦ تحت رقم ٤٨١٦٧ ، المجلة القضائية العدد الثالث لسنة ١٩٩٠ ص٢٣ .

الأرض لشخص آخر يكون هو الملزم بدفع التعويض، أي إن التعويض يستحق في ذمـة من يكون مالكا للأرض وقت المطالبة حتى و لو لم يكن هو المالك للأرض وقت إقامـة المنشآت، و يملك هذا الأخير الحق في الرجوع على المالك الأول .

و نشير إلى أن هناك فرقا بين الباني سيء النية و الباني حسن النية، فالباني سيء النيـة يكون مسؤولا عن ما حصله من الثمار و ما أهمل في تحصيله حسب المادة ٨٣٨ مـدني، ذلك أن البناء أصبح مملوكا لصاحب الأرض بالالتصاق منذ اندماجه في الأرض .

أما الباني حسن النية فإنه و حسب المادة ٨٣٧ مدني لا يخصم من التعويض المستحق لـه قيمة ما حصل عليه من ثمار إلا من تاريخ رفع دعوى الاستحقاق عليه، إذ اعتبارا مـن هذا التاريخ يعتبر سيء النية .

و قد قلنا سابقا إن صاحب الأرض في حالة الباني حسن النية يخير بين دفع قيمة المواد و أجرة العمل و هذه هي القيمة التي افتقر بها الباني، أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمـن الأرض بسبب المنشآت و هذه هي القيمة التي اغتنى بها صاحب الأرض، فظاهر أن ذلك لا يعدو إلا أن يكون تطبيقا للقاعدة العامة في الإثراء بلا سبب حيث يلتزم بأقـل هـاتين القيمتين و هما قيمتا الافتقار أو الإثراء .

غير أن الأستاذ السنهوري و الأستاذ رمضان أبو السعود يذهبان إلى القول بأن هذا الحكم ليس مجرد تطبيق لقواعد الإثراء بلا سبب، لأنه لو كان كذلك لما كانت هناك حاجة إلـى النص عليه ولاكتفي المشرع بالإحالة على هذه القواعد، لهذا يريان أنه تنـسيقا لأحكـام الالتصاق في مجموعها يحسن القول أن مصدر هذا الالتزام هو القانون و من ثم يتقـادم بخمسة عشرة سنة[1] .

إن الخيار بين دفع قيمة المواد و أجرة العمل أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب المنشآت هو خيار ممنوح لمالك الأرض و قد جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ ٢٧ أفريل ١٩٨٣ ما يلي: " **إذا كان مقيم المنشآت حسن النية فلا حق لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة و لكن له الخيار في أن يدفع قيمتها إذا لم يطلب هذا الأخير نزعها و إما أن يدفع قيمة المواد و أجرة اليد العاملة أو مبلغا يساوي ما زاد في**

[1] - د/ السنهوري، المرجع السابق، ص ٢٨٨ - د/ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص٢١٨ .

قيمة الأرض بسبب تلك المنشآت غير أنه إذا كانت المنشآت هامة و كان تسديدها مرهقا لصاحب الأرض جاز له أن يطلب تمليك الأرض لمن أقام المنشآت مقابل تعويض عادل. تخصيص المطعون ضدها تلقائيا بملكية المساحة غير المبيعة بدون رضا المالك خرق للمادة المذكورة "[1].

لقد منح القانون لمالك الأرض الحق في الاختيار بين أن يدفع لمن أقام المنشآت قيمة المواد و أجرة العمل أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب المنشآت و لا يمكن الحكم بملكية المنشآت لمن أقامها دون مراعاة أحكام المادة ٧٨٥ مدني فالاختيار ممنوح لصاحب الأرض وحده ولا يمكن لمن أقام المنشآت أن يدفع تعويض لصاحب الأرض مقابل تملك الأرض لأنه و بالرغم من حسن نية صاحب المنشآت إلا أنه قد اعتدى على حق صاحب الأرض بالبناء على أرضه و أن ملكية الأرض ترجع لصاحب الأرض وليس لصاحب المنشآت ولذلك فإن الحل العادل هو ما قرره المشرع في المادة٧٨٥ مدني و يتعين بالتالي على صاحب المنشآت أن يدفع التعويض المقرر في نفس المادة حسبما يختاره صاحب الأرض .

و في الختام نشير إلى أنه مما يبرز الرعاية الخاصة التي أولاها المشرع للباني حسن النية ما جاء في الفقرة الثانية من المادة ٧٨٥ مدني التي تنص :" غير أنه إذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الأهمية و كان تسديدها مرهقا لصاحب الأرض جاز له أن يطلب تمليك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل " .

يتضح من هذه المادة أنه إذا كانت المنشآت قد بلغت هذا الحد من الأهمية فإن الأخذ بالقاعدة العامة في الالتصاق يوقع صاحب الأرض في حرج، فهو لا يستطيع أن يطلب الإزالة و في الوقت نفسه يرهقه أن يؤدي التعويض المستحق للباني، و لهذا أعطاه المشرع الحق في أن يطلب تمليك أرضه لمن أقام المنشآت .

وواضح من النص أنه يكفي لذلك أن يكون أداء التعويض مرهقا لمالك الأرض فلا يلزم أن يكون مستحيلا .

و يلاحظ أن المشرع لم يأخذ بالمعيار الموضوعي إذ لم يوازن بين قيمة الأرض و قيمة المنشآت، و لم يجعل لصاحب المنشآت أن يتملك الأرض إذا كانت قيمة المنشآت أكبر من

[1] - قرار بتاريخ ٢٧ أفريل ١٩٨٣ تحت رقم ٢٦٢٤٤ ، نشرة القضاة، العدد الأول، جانفي ١٩٨٥ ص ٨٠.

قيمة الأرض، بل أخذ بمعيار ذاتي(شخصي) فجعل العبرة بالمقـدرة الماليـة لـصاحب الأرض شخصيا[1]، فإن كان يرهقه أن يؤدي لصاحب المنشآت ما هو مستحق له كان له بدلا من تملك المنشآت بالالتصاق أن يطلب تمليك الأرض لـصاحب المنـشآت نظيـر تعويض عادل، و المقصود بالتعويض العادل هو التعويض الذي يحقق العدالة لـصاحب الأرض و الباني معا و تقديره يكون بمراعاة كافة الظروف و منها حسن نية الباني .

و يثور هنا مشكل تحديد وعاء الأرض التي يجوز تمليكها للباني، إذ أن نص المادة جـاء غير واضح، فهل يتملك الباني كل الأرض سواء التي أقيم عليها البناء و التـي لـم يقـم عليها، أم أنه لا يتملك إلا الجزء المشغول بالبناء ؟.

بالرغم من غموض النص و عدم تحديده إلا أننا نرى أن تنازل صاحب الأرض لا يشمل إلا الجزء المشغول بالبناء، أما الباقي من الأرض الذي لم يشمله البناء فيبقى علـى ملـك صاحب الأرض، لأن الحكمة من تمليك الأرض لصاحب المنشآت هو أن صاحب الأرض أرهقه تسديد قيمة المنشآت، و لم يكن من حقه أن يطلب الإزالة نظرا لحسن نية البـاني، فأوجد المشرع هذا الحل الذي خرج بموجبه عن أحكام الالتصاق، لذلك فإن هـذا الحكـم يشكل استثناءا من قواعد الالتصاق و الاستثناء لا يتوسع في تطبيقه، و عليه فإن التنـازل ينبغي أن يضيق نطاقه فلا يشمل إلا الجزء المشغول بالبناء و ما عدا ذلـك يبقـى ملكـا لصاحب الأرض يتصرف فيه كما يشاء .

و يلاحظ تبعا لذلك أن أساس تملك الباني للأرض و ما عليها من منشآت ليس الالتـصاق لأن مقتضى تطبيق قواعد الالتصاق هو ملكية صاحب الأرض للمنشآت لا ملكية صاحب المنشآت للأرض، فيكون أساس التملك هو نص القانون الذي قضى بذلك .

و لم ينص المشرع على هذا الاستثناء فـي حالة ما إذا كان من أقام المنشآت سيء النية، لأن المالك يحق له في هذه الحالة أن يطلب الإزالة فإذا تبين أن في أداء التعويض إرهاق له كان في استطاعته أن يتفادى ذلك بطلب الإزالة.

و الآن و بعد أن حددنا في المطلبين الأول و الثاني مفهوم حسن النية و سوئها و أثرهما في البناء على أرض الغير، تبقى لنا مشكلة مرتبطة بالحالتين معا.

فإذا ظل الباني حسن النية حتى انتهى من البناء ثم تبين عدم أحقيته في البناء فقد قلنا سابقا

---

[1] - د/ السنهوري، المرجع السابق، ص ٢٩٠ .

أن هذا لا يغير من حسن نيته، لكن المشكلة تبدو في حالة ما إذا كان من أقام البناء و هو حسن النية ثم تبين له أنه ليس له الحق في إقامته و لم ينته من البناء بعد، فيثور التساؤل في هذه الحالة عن حق صاحب الأرض في أن يطلب الإزالة بناءا على اعتبار الباني سيء النية من لحظة علمه بعدم أحقيته في البناء أم يلتزم باستبقاء البناء باعتبار أن الباني كان حسن النية في بادئ الأمر؟.

للإجابة على هذا التساؤل نستعرض فيما يلي رأي الفقه و القضاء :

ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى القول بإزالة ما تم من البناء بعد توافر سوء النية و استبقاء المباني التي أقيمت أثناء حسن النية [1] .

و لكن ما ذهبت إليه المحكمة في حكمها هذا لا يصلح الأخذ به عمليا إلا إذا كان من الممكن هدم ما تم بسوء نية دون المساس بباقي المباني، فإذا كان في هدم ما تم بسوء نية المساس بباقي البناء فإنه يعد هدما للكل و هذا يؤدي إلى مخالفة القانون حيث يترتب على ذلك هدم ما تم بحسن نية .

و ذهب رأي فقهي إلى القول بأنه يحق لصاحب الأرض أن يطلب إزالة البناء كلية أي ما تم بحسن نية و سوء نية، و ذلك لأنه في هذه الحالة اختلاط حسن النية و سوئها و يجب تغليب سوء النية رعاية لمصلحة صاحب الأرض لأنه هو المعتدى عليه حتى في حالة حسن نية الباني، و لكن نفس النقد الذي وجه للرأي السابق يوجه لهذا الرأي أيضا إذ أنه يؤدي إلى مخالفة القانون لأن القانون لا يقضي بإزالة ما تم بحسن نية .

و ذهب البعض من الفقهاء إلى القول بأنه ينبغي تطبيق أحكام حسن النية و سوئها في آن واحد، فإذا لم يكن من المناسب الإزالة الجزئية فإن المصلحة الاقتصادية تستلزم الإبقاء على البناء طالما أن الباني كان حسن النية وقت إقامته للبناء، و لكن لا يلتزم صاحب الأرض بتعويض الباني عن الأجزاء التي بنيت فيما بعد بسوء نية إلا طبقا لقواعد التعويض في حالة البناء على أرض الغير بسوء نية، و على هذا يمكن تطبيق أحكام حسن النية و سوئها في وقت واحد فما تم بحسن نية نطبق فيه الأحكام الخاصة بها و ما تم بسوء نية نطبق فيه الأحكام الخاصة بها .

نفس النقد السابق يوجه لهذا الرأي، إذ أنه في حالة حسن نية الباني فإن صاحب الأرض

[1] - جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص٣٦.

لا يتملك البناء إلا إذا لم يطلب صاحب المنشآت الإزالة، ذلك أن الباني حسن النية يحق له أن يطلب إزالة البناء إذا كانت مصلحته تقتضي ذلك، و عدم أخذ موقف الباني بعين الاعتبار، و القول باستبقاء البناء ما دام الباني حسن النية لأن المصلحة الاقتصادية تقتضي ذلك فيه مخالفة للقانون .

لكن و بالرغم من النقد الذي وجهناه لهذا الرأي إلا أنه يبقى حلا مقبولا، لأنه تمكن من التوفيق بين مصلحة الباني من جهة و مصلحة صاحب الأرض من جهة أخرى، و لأننا نستشف من النصوص القانونية حرص المشرع على تضييق نطاق الهدم ولأن المصلحة الاقتصادية تتنافى و الهدم .

الفرع الثالث

إجراء الشهر للبناء الملتصق و أحكامه

لا شك أن صاحب الأرض قد يبادر إلى إجراء الشهر للبناء الملتصق بأرضه بمجرد إتمام الغير البناء أو حتى قبل ذلك، ولاشك أيضا أن الباني قد يقوم من جهته بإجراء الشهر للبناء الذي أقامه على أرض الغير قبل صاحب الأرض وهذا إذا توفرت عدة شروط، وعليه يتبين أن هناك نقطتين نتعرض لهما وهما: شهر صاحب الأرض للبناء الملتصق بأرضه و مبادرة الباني إلى شهر البناء الذي أقامه على أرض الغير .

أولا : شهر صاحب الأرض للبناء الملتصق بأرضه

ينبغي في هذه الحالة التمييز بين فرضين: حالة ما إذا كان مالك الأرض يملك سندا رسميا و مشهرا يثبت ملكيته للأرض المقام عليها البناء، و حالة ما إذا لم يكن في حوزة صاحب الأرض أي سند يثبت به ملكيته للأرض .

١/ صاحب الأرض حائز لسند ملكية رسمي و مشهر للأرض المقام عليها البناء :

في حالة ما إذا كان في حوزة صاحب الأرض سند رسمي مشهر بالمحافظة العقارية يثبت ملكيته للأرض التي أقام عليها الغير البناء، فإنه يمكنه أن يبادر إلى إجراء الشهر للبناء الذي أقامه الغير على ملكيته، وعلاوة على ذلك فإن صاحب الأرض يستفيد من القرينة القانونية التي تقضي بأن مالك الأرض يملك ما فوقها وما تحتها، و لذلك فإنه لا يكلف

بإثبات ملكيته للمنشآت المقامة على أرضه و يعتبر أنه المالك الشرعي للبناء ولو كان من أقام البناء شخص آخر، علما أن هذه القرينة هي قرينة بسيطة يمكـن للغيـر أن يثبـت عكسها.

و يجب على صاحب الأرض أن يقوم بشهر البناء الملتصق، لأن الالتصاق يحدث تغييرا في الوحدة العقارية، الأمر الذي يستوجب ذكره في البطاقـة العقاريـة ضـمن الجـدول المخصص لذلك مع إحداث بطاقة عقارية جديدة تخص الوحدة العقارية الجديدة التي نتجت عن التغيير في حدود الوحدة العقارية القديمة الذي وقع عن طريق الالتصاق[1] .

إذن فإن واقعة الالتصاق لا تنتج أثرا بالتغيير الذي تحدثه في الوحـدة العقاريـة أو فـي محتواها إلا إذا تم قيد هذا التغيير في البطاقة الأصلية المعدة للعقار وقيده ضـمن بطاقـة عقارية جديدة تخص الوحدة العقارية الجديدة .

هذا وقد يثور التساؤل حول مدى تأثير نية صاحب الأرض في إجراء الـشهر ذلـك أن صاحب الأرض يعلم أن من أقام البناء هو شخص آخر و بالتالي يعتبر سيء النية إذا هو بادر إلى إجراء الشهر، و بعبارة أخرى هل يؤثر سوء نية صاحب الأرض فـي إجـراء الشهر ؟.

يعطي نظام الشهر نفس الحكم بالنسبة للتصرف الصادر عن حسن أو سوء نية و يعتبـر صحيحا التصرف المشهر المقترن بسوء النية و لا يمكن الأخذ بحسن النية كمعيار يعتمد عليه نظام الشهر لأنه معيار دقيق و صعب التحقق منه باعتباره عنصرا داخليا[2] .

صاحب الأرض هو مالك البناء .

لذلك فإنه بالرغم مـن سوء نية صاحب الأرض إلا أنـه إذا بـادر بالشهر فإنه يكسـب ملكية البناء المقام على أرضه، لأن نظام الشهر يعتمد على الظاهر والظاهر هنا يؤكد أن و يتمثل غرض نظام الشهر في اعتبار التصرف المشهر المقترن بسوء النيـة صـحيحا وإعطائه الحجية المطلقة في تحقيق الاستقرار في المعاملات العقارية .

---

[1] - راجع المادتين ٢٥ و ٣١ من المرسوم رقم ٦٣/٧٦ المؤرخ في ١٩٧٦/٣/٢٥ المتعلق بتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية العـدد ٢٣

[2] - موسى نسيمة، حجية العقود المشهرة، بحث لنيل شهادة الماجستير معهد الحقوق، سنة ١٩٩٩ ص ٧٠.

٢/صاحب الأرض لا يملك سندا يثبت ملكيته :

تنص المادة ١٢ من الأمر رقم ٩١/٧٠ المتعلق بتنظيم التوثيق[1] على وجـوب إخـضاع عقود المعاملات العقارية للشكل الرسمي تحت طائلة الـبطلان، أي أن كـل المعـاملات العقارية التي تتم بعقود عرفية بعد صدور الأمر المذكور تكون باطلة بطلانـا مطلقـا، و عليه لا يمكن لصاحب الأرض أن يستند على العقد العرفي لإثبات ملكيته للأرض المقـام عليها البناء هذا إن كان في حوزته عقد عرفي .

وعليه إذا لم يكن في حوزة صاحب الأرض سند رسمي مشهر يثبت ملكيته للأرض المقام عليها البناء فإنه لا يستطيع القيام بالشهر للبناء الملتصق ذلك أن ملكيته للأرض في حـد ذاتها غير ثابتة، و استنادا للمادة ٨٨ من المرسوم رقم ٦٣/٧٦ المتعلق بتأسـيس الـسجل العقاري فإنه لا يمكن شهر حق ينصب على عقار إلا إذا تم شهر السند السابق للمتصرف عملا بقاعدة الشهر المسبق، ولما كان صاحب الأرض لا يملك سند ملكية مشهر للأرض فإنه لا يستطيع أن يقوم بالشهر للبناء الملتصق بالأرض.

<u>ثانيا</u> : شهر الباني للبناء الذي أقامه على أرض الغير

في هذه الحالة أيضا يميز بين عنصرين : صاحب البناء لا يملك الأرض و هذا هو الأمر الواقع و إما أن يكون الباني قد كسب ملكية الأرض بالحيازة .

١/ صاحب البناء لا يملك الأرض المقام عليها البناء :

تشكل هذه الحالة الأمر الواقع فعلا، ذلك أن الباني أقام البناء على أرض مملوكـة لغيـره وبالتالي فهو لا يملك أي سند يثبت ملكيته، و نكون بذلك أمام الحالة التي عرضناها أعلاه فيما يتعلق بعدم حيازة صاحب الأرض لأي سند يثبت ملكيته لـلأرض و نطبـق نفـس الأحكام، أي أن الباني لا يمكنه أن يبادر إلى شهر البناء الذي أقامه طبقا للمـادة ٨٨ مـن المرسوم رقم ٦٣/٧٦ المتعلق بتأسيس السجل العقاري أي قاعدة الشهر المسبق .

٢/ كسب الباني ملكية الأرض بالحيازة إذا توفرت شروطها :

[1] - الأمر رقم ٩١/٧٠ المؤرخ في ١٥ ديسمبر ١٩٧٠ يتضمن تنظيم التوثيق الجريدة الرسمية العدد ١٠٧.

إذا استوفى صاحب المنشآت شروط الحيازة[2] فإنه يتملك الأرض و البناء المقام عليهـا، فالباني في أحكام الالتصاق هو مجرد حائز وغير مالك للأرض وبالتالي إذا توفرت فيه شروط الحيازة فإنه يبادر إلى شهر ملكيته للأرض و البناء المقام عليها .

إن هذا الفرض هو الاحتمال الوحيد الذي يتملك بموجبه الباني الأرض والبناء الذي أقامه عليها.

وإذا بادر الباني إذا توفرت فيه شروط الحيازة أو صاحب الأرض في الحالة التي يمكنـه فيها القيام بالشهر إلى الشهر للبناء الملتصق، فإن القيد يطهر كل التصرفات و هو بمثابـة قرينة قاطعة غير قابلة لإثبات العكس على ملكية المشهر للعقار.

المطلب الثالث
أداء التعويض لصاحب المنشآت

و ضحنا فيما تقدم أنه عندما يتملك صاحب الأرض المنـشآت المقامـة علـى أرضه يتوجب عليه أن يدفع تعويضا لصاحب المنشآت يختلف بحسب ما إذا كان صاحب المنشآت حسن أو سيء النية .

و قد قلنا أنه إذا كان الباني حسن النية توجب على صاحب الأرض أن يـدفع لـه أقـل القيمتين، قيمة المواد و أجرة العمل، أو قيمة ما زاد في ثمن الأرض بسبب المنـشآت و هذا في حالة ما إذا لم يختر صاحب المنشآت نزع البناء من الأرض، و رأينا أيضا أنه إذا كان التعويض المستحق مرهقا لصاحب الأرض جاز له أن يطلب تمليك الأرض لصاحب المنشآت .

أما إذا كان الباني سيء النية فإنه يجوز لصاحب الأرض أن يطلب إزالـة المنـشآت أو استبقائها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة، أو قيمة ما زاد في ثمن الأرض بـسبب هـذه المنشآت .

[2] - و شروط الحيازة هي : الهدوء، العلنية، الإستمرار.

و يلاحظ أن التعويض يستحقه في أغلب الأحوال صاحب المنشآت قبل صاحب الأرض و أن صاحب المنشآت هو من يحوز الأرض التي أقام عليها المنشآت، فمن حقه طبقا للقواعد العامة أن يحبس الأرض حتى يستوفي التعويض.
و لما كان أداء التعويض عبء ثقيل على المدين به أجاز القانون تيسيرا عليه أن يطلب التقسيط في الوفاء به، و بذلك يكون المشرع قد منح كلا من صاحب الأرض و صاحب المنشآت حقوقا متبادلة .
و عليه سنتطرق فيما يلي إلى حق صاحب المنشآت في حبسها حتى يستوفي التعويض هذا في الفرع الأول و في الفرع الثاني سنتطرق إلى حق صاحب الأرض في تقسيط التعويض.

الفرع الأول

حبس صاحب المنشآت للمنشآت حتى يستوفي التعويض

لصاحب المنشآت الحق في حبسها عندما يكون دائنا بالتعويض لصاحب الأرض، فهو الحائز للأرض و للمنشآت معا و يستطيع أن يحبس المنشآت و معها الأرض حتى يستوفي التعويض المستحق له، و هذا الحق في الحبس يثبت له بموجب القواعد العامة و هي مقررة بالمادة ٢٠٠ مدني إذ تنص: " لكل من إلتزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام ترتب عليه و له علاقة سببية و ارتباط بالتزام المدين، أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا.
و يكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة، فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع " .
فصاحب المنشآت ملزم بأن يسلم المنشآت لصاحب الأرض بعد أن تملكها هذا الأخير بالالتصاق، و لكن صاحب الأرض ملزم أيضا بأن يدفع لصاحب المنشآت التعويض المستحق له، و هذا الدين بالتعويض في ذمة صاحب الأرض مترتب على التزام صاحب المنشآت بتسليمها لصاحب الأرض و مرتبط به، فتوافرت شروط الحبس و جاز لصاحب

المنشآت أن يحبسها عن صاحب الأرض و دائنيه و عن أي شخص تنتقـل إليـه ملكيـة المنشآت و ذلك حتى يستوفي صاحب المنشآت التعويض المستحق له[1].

و إذا كان نص الـفقرة الثانية من المادة ٢٠٠ مدني قد أجاز صراحة لحائز الشيء الذي أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة حق حبسه فمن باب أولى يثبت حق الحبس لمن أقام المنشآت و لم يقتصر على إنفاق مصروفات عليها.

الفرع الثاني
حق صاحب الأرض في تقسيط دفع التعويض

نصت المادة ٧٨٧ مدني على أنه " تطبق أحكام المـادة ٨٤١ مـدني فـي أداء التعويض المنصوص عليه في المواد ٧٨٤، ٧٨٥ و٧٨٦ مدني " .

و تقضي المادة ٨٤١ مدني المحال عليها بأنه " يجوز للقاضي بناءا على طلب المالك أن يختار ما يراه مناسبا للوفاء بالمصاريف المنصوص عليها في المادتين ٨٣٩ و ٨٤٠ مدني و له أيضا أن يقدر بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة و للمالك أن يتحلل من هذا الإلتزام إذا سبق مبلغا يساوي قيمة هذه الأقساط " .

لقد راعى المشرع أن التعويض قد يكون مبلغا كبيرا و قد يؤدي إلى عجز المدين به عـن الوفاء، لذلك و بمقتضى المادة ٨٤١ مدني يجوز للقاضـي بنـاءا علـى طلـب المـدين بالتعويض - و قد يكون هذا المدين هو صاحب الأرض و هذا في أغلـب الأحـوال أو صاحب المنشآت في حالة ما إذا كان التعويض المستحق مرهقا لصاحب الأرض إذ يجوز له أن يطلب تمليك الأرض لصاحب المنشآت و يكون هذا الأخير ملزما بدفع التعـويض- أن يقرر ما يراه مناسبا للوفاء بهذا التعويض .

فللقاضي أن يقرر تقسيط التعويض على أقساط دورية و محددة تدفع في مواعيد يحـددها القاضي، كما يكون للقاضي أن يؤجل دفع التعويض فيدفعه المدين به جملة واحـدة فـي ميعاد محدد .

[1] - نشير إلى أن الحق في الحبس يثبت لصاحب المنشآت سواء كان حسن النية أو سيء النية .

إلا أن المدين إذا وفى التعويض مقسطا أو جملة واحدة مع منحـه الأجل فإنه يجب عليه تقديم الضمانات اللازمة للوفاء به في مواعيده الدورية أو عند حلول الأجل الـذي حـدده القاضي، أما إذا لم يستطع المدين إيجاد هذه الضمانات أو أراد أن يتخلص مـن الإلتـزام بتقديمها فعليه أن يفي بالتعويض فورا و بالكامل .

خلاصة الفصل الأول

لقد جاء تنظيم البناء على أرض الغير في القانون المدني تحت إطار الأحكـام المتعلقة بالإلتصاق الواردة في المواد من المادة ٧٧٨ إلى المادة ٧٩١ مدني .

و قد تبين لنا من خلال ما قدمناه في هذا الفصل أنه لم يحدث أي خلاف بين الفقهاء حول تعريف الإلتصاق فقد إشتملت جميع التعاريف على العناصر التي ينبغي أن يتوفر عليهـا الإلتصاق، و هي حصول إندماج بين شيئين تابعين لمالكين مختلفين مع عدم إمكانية فصل أحدهما عن الآخر دون تلف، و عدم وجود إتفاق بين مالكي الشيئين حول هذا الإتحـاد و يرتب القانون تبعا لذلك أثرا معينا هو إكساب ملكية الشيء بعد الإتحاد لمالك الأصل على أن يعوض مالك الشيء التابع .

كما رأينا أن للإلتصاق حالات عديدة فقد يكون الإلتصاق بعقار و قـد يكـون بمنقـول و الإلتصاق بعقار قد يكون طبيعيا و قد يكون صناعيا من عمل الإنسان .

و قد قصرنا دراستنا على الإلتصاق الصناعي الذي يحدث بفعل الإنسان و تدخله لكونـه يرتبط مباشرة بموضوعنا، إلا أننا و رغم عدم إرتباط الإلتصاق الطبيعي بالموضوع فقـد تناولنا أحكامه في شكل ملخص .

إن الحالة الوحيدة لتطبيق أحكام الإلتصاق في الإلتصاق الطبيعي هي حالة الأرض التـي تتكون من طمي يجلبه النهر شريطة أن يتم ذلك بطريقة تدريجية أي على مـدد زمنيـة متعاقبة و بطريقة غير محسوسة، و يتملك صاحب الأرض المجاورة الأرض التي تكونت من الطمي بالإلتصاق .

ثم تطرقنا بعد ذلك إلى الإلتصاق الصناعي بالعقار و رأينا أن هناك ثلاث حالات :

١/ إما أن يكون الباني هو صاحب الأرض و لكنه أقام البناء بمواد مملوكة للغير.

٢/ إما أن يبني شخص المنشآت بمواد من عنده على أرض الغير.

٣/ إما أن يقيم أجنبي المنشآت بمواد مملوكة لغيره على أرض مملوكة لشخص ثالث .

أما في الإلتصاق بالمنقول تثبت الملكية لمن بيده حيازة الشيء الناتج عن اتحاد المنقـولين عملا بقاعدة " الحيازة في المنقول سند الملكية ".

و قد وضع الفقهاء جملة من الشروط ينبغي توفرها حتى تسري أحكام الإلتصاق و هـي خمس شروط :

١/ عدم ملكية من أقام المنشآت للأرض .

٢/ أن يقيم صاحب المنشآت المنشآت لحساب نفسه .

٣/ عدم وجود إتفاق يخالف أحكام الإلتصاق .

٤/ عدم وجود أحكام خاصة بشأن المنشآت

٥/ وجود المنشآت و أن يكون قد قصد بقاؤها على الدوام .

ثم تطرقنا إلى النية و أثرها في البناء على أرض الغير على إعتبار أن المشرع إرتكز في أحكام الإلتصاق على أمر باطني هو النية و بنى عليها الجزاء المترتب على البناء علـى أرض الغير، بحسب ما إذا كان الباني حسن النية أو سيء النية .

إذا كان الباني سيء النية فإن القانون تشدد في معاملته و منح لصاحب الأرض الحق في طلب إزالة المنشآت، و أعطاه الخيار إن إستبقاها بين أن يدفع قيمة المنـشآت مـستحقة الإزالة أو مبلغا يساوي ما زاد في قيمة الأرض بسبب إقامة المنشآت و يختـار صـاحب الأرض بين أقل القيمتين .

أما إذا كان الباني حسن نية فإن القانون يعامله معاملة متميزة عن الباني سيء النية و في هذه الحالة يحق لصاحب البناء أن يطلب نزعه من الأرض، و لكـن لا يحـق لـصاحب الأرض أن يطالب بإزالة المنشآت التي أقامها الباني حسن النية .

و إذا تملك صاحب الأرض البناء فعليه أن يدفع تعويضا للباني قيمة المواد وأجرة العمـل أو مبلغا يساوي مازاد في قيمة الأرض بسبب هذه المنشآت .

غير أنه إذ كان تسديد قيمة المنشآت مرهقا لصاحب الأرض منحه القانون إمكانية تمليـك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل .

تلكم هي أحكام البناء على أرض الغير في القانون المدني وأهم ما يلاحـظ علـى هـذه الأحكام هو أن المشرع إرتكز على النية و بنى عليها الجزاء المترتب على البنـاء علـى أرض الغير، و يلاحظ من خلال ما قدمناه الفرق في المعاملة بين الباني حـسن النيـة و الباني سيء النية في التعويض الواجب أداؤه في كل حالة .

لقد أردنا من خلال هذا الفصل أن نجيب على سؤال مهم هو: **هـل إسـتطاعت الأحكـام الواردة في القانون المدني أن تحل مشكل البناء على أرض الغير أم أنها بقيت عـاجزة عن ذلك؟.**

نلاحظ أنه بالرغم من الحلول التي أوردها المشرع في القانون المدني لمشكل البناء علـى أرض الغير على الشكل الذي عرضناه في هذا الفصل، إلا أن هذا التنظيم لم يـستطع أن يصمد أمام التطور الهائل الذي عرفته الساحة العقارية ميدانيا، فسرعان ما تبين أن أحكام القانون المدني المتعلقة بالإلتصاق أصبحت قاصرة عن حل المشكلات التي تشهدها الساحة العقارية يوميا، خصوصا و أن القانون المدني لم يلحقه أي تعديل فيمـا يخـص أحكـام الإلتصاق منذ صدوره في١٩٧٥ و هذا أمام تعدد النزاعات المرتبطة بالملكية العقاريـة و تعقدها فكان لزاما إيجاد أحكام عقابية و رادعة تكمل تلك الواردة في القانون المدني .

لقد جاء تنظيم أحكام البناء على أرض الغير في القانون المدني تنظيما شاملا و لم يقـرر المشرع عقوبات صارمة ضد المخالفين، الأمر الذي أدى إلى إستمرار المخالفات بـل و تفاقمها بالرغم من وجود هذا التنظيم، الذي إفتقر إلى إجراءات رادعة تحد من إسـتمرار اللجوء إلى التعدي على الملكية العقارية .

لقد كان هذا الأمر هو أهم دافع لتبني تنظيم يكمل القانون المدني و المتمثل في إصـدار عدة نصوص قانونية خاصة في شكل قوانين و مراسيم تنظيمية تكون قادرة على مواكبـة التطور السريع الذي تشهده الساحة العقارية و خصوصا تقرير أحكام عقابية صارمة ضد المخالفين و هي الأحكام التي نتناولها في الفصل الثاني .

تــمــهيـــد

لقد تبين من خلال ما قدمناه في الفصل الأول عجز و قصور الأحكام الـواردة في القانون المدني عن الحد من تنامي البناء على أرض الغير، و يرجع السبب الأكبر لهذا الفشل لعدم وجود أحكام ردعية صارمة ضد المخالفين، الأمر الـذي اسـتوجب تـدخل المشرع بإصدار عدة قوانين خاصة تهدف أساسا إلى حماية الملكية العقارية و إسـتدراك النقائص الموجودة في القانون المدني، الذي لم تعد أحكامه مواكبة للتطور السريع الـذي تعرفه الساحة العقارية .

و لاشك أن دراسة موضوع البناء على أرض الغير لا يمكن أن تتم بمعزل عن مـا هـو وارد في القوانين الخاصة المنظمة للميدان العقاري، ذلك أن المشرع أصدر عدة قوانين و مراسيم تهدف إلى تنظيم الساحة العقارية و القضاء على البناء على أرض الغير، و لأن القانون العقاري يشكل سلسلة متصلة الحلقات، و لكي تكون هذه الدراسة مـستوفية لجـل أجزاء الموضوع فإنه لابد أن نتطرق من خلالها إلى جميع المراحـل التـشريعية التـي شهدتها الساحة العقارية .

و قد شهدت الساحة العقارية في الجزائر عدة مراحل بدءا بإحكام الدولة قبـضتها علـى العقار في ظل قانون الإحتياطات العقارية، ثم الإعتراف بالبناءات اللاشرعية و محاولـة تسويتها و أخيرا إنتهاج سياسة جديدة تم بمقتضاها تحرير المعاملات العقارية .

و سنتولى في هذا الفصل معالجة البناء على أرض الغير في ظل هذه المراحل التشريعية و ذلك من خلال مبحثين :

في المبحث الأول نتطرق إلى سياسة الإحتياطات العقاريـة و التـسوية فـي قانون ٨٥/٠١ .

و في المبحث الثاني نتطرق إلى السياسة الجديدة المنتهجة من قبل المـشرع و الهادفة إلى الحد من البناء على أرض الغير.

كل هذا للإجابة في النهاية على سؤال مهم هو مدى تحقيق القواعد الخاصة للنجـاح بعـد الفشل الذي منيت به القواعد العامة ؟

المبحث الأول
سياسة الاحتياطات العقارية و التسوية في قانون ٠١/٨٥

إن المتتبع لسلسلة النصوص القانونية المنظمة للميدان العقاري منذ ١٩٧٤ [1] إلى غاية ١٩٨٥ لاشك سيلاحظ أنها مرت بمرحلتين متميزتين، و قد عرفت المرحلة الأولى بمرحلة التدخل المباشر للدولة بما يعرف بسياسة الاحتياطات العقارية المنظمة بموجب الأمر رقم ٢٦/٧٤ المؤرخ في ٢٠ فبراير١٩٧٤[2] جاعلا من البلدية هي الهيئة الوحيدة المختصة في شراء و بيع الأراضي الداخلة في المحيط العمراني، لتأتي بعدها مرحلة ثانية انتهجت فيها سياسة الانفتاح و تجلى ذلك في صدور القانون رقم ٠١/٨٥ المتضمن قواعد شغل الأراضي قصد المحافظة عليها و حمايتها الذي ذكر بالقواعد الواجب احترامها في ميدان البناء، و المرسوم التنفيذي رقم ٢١١/٨٥ الذي حدد كيفيات تسليم رخصة البناء و رخصة تجزئة الأراضي للبناء و المرسوم رقم ٢١٢/٨٥ المحدد لشروط تسوية أوضاع الذين يشغلون فعلا أراضي عمومية أو خصوصية كانت محل عقود و/أو مباني غير مطابقة للقواعد المعمول بها و شروط إقرار حقوقهم في التماك و السكن ثم التعليمة الوزارية المشتركة الصادرة في ١٣ أوت ١٩٨٥ تتعلق بمعالجة البناء غير المشروع[3] .

و كان الهدف المتوخى من إصدار هذه النصوص القانونية هو تنظيم الساحة العقارية بعد الوضعية التي آلت إليها و تسوية بعض الحالات، و هنا تفطن المشرع إلى الخطر الذي يهدد العقار و اعترف لأول مرة بوجود البناءات اللاشرعية و بضرورة القضاء عليها بالتسوية أحيانا و بالهدم في أحيان أخرى .

[1] - قبل سنة ١٩٧٤ لم تكن السلطات المركزية تولي إهتماما كبيرا لقطاع التعمير، فإلى غاية سنة ١٩٦٢ كانت القوانين الفرنسية هي السارية المفعول في الجزائر بإعتبارها أرضا مستعمرة، و بعد الإستقلال صدر قرار ٣١ ديسمبر ١٩٦٢ يقضي بمواصلة العمل بالقوانين الفرنسية بإستثناء ما يتعارض مع السيادة الوطنية ، ثم جاءت مرحلة الإعتماد على المخططات التي انصب جل إهتمامها على الصناعة .
لذلك فإن فترة ١٩٧٤ و ما بعدها هي التجسيد الحقيقي لإرادة الدولة في الميدان العقاري حيث تميزت بإصدار عدة قوانين متعلقة بالعقار و برزت خلالها الأهمية الكبيرة التي تحظى بها الملكية العقارية .

[2] - الجريدة الرسمية العدد١٩ .

[3] - الجريدة الرسمية العدد ٣٤ .

و لا شك أن الوصول إلى إصدار قانون ٠١/٨٥ و المراسيم التي تلته كان نتيجة التراكمات التي عرفتها الساحة العقارية، و لذلك لا بد قبل الخوض في دراسة هذه القوانين أن نبحث في السياسة العقارية المنتهجة قبل صدورها لأن هذه القوانين كانت إيذانا بانطلاق مرحلة جديدة مغايرة للمرحلة السابقة، و عليه كان لزاما علينا أن نساير التطور التشريعي و أن نوضح في كل مرحلة من مراحل هذا التطور وضعية البناء على أرض الغير، و لأجل ذلك نفرد المطلب الأول من هذه الدراسة لتطبيق سياسة الاحتياطات العقارية و النتائج التي أفرزتها خاصة فيما يتعلق بالبناء على أرض الغير ليتسنى لنا بعد ذلك شرح القوانين التي جاءت للتسوية في المطلب الثاني، و هنا نطرح التساؤل التالي : ما هو الوضع السائد في الساحة العقارية قبل صدور قانون ٠١/٨٥ المتعلق بالتسوية؟ ماذا نقصد بالتسوية؟ و كيف تتم؟ .

المطلب الأول
سياسة الاحتياطات العقارية و انعكاساتها
على البناء على أرض الغير

لقد تزامن صدور الأمر المتضمن تأسيس الاحتياطات العقارية مع اعتماد الجزائر على نظام التخطيط من أجل التنمية و المحافظة على النسيج العمراني، و نشير هنا إلى المخطط الرباعي الثاني الذي امتد من سنة ١٩٧٣ إلى غاية سنة ١٩٧٧ و قد أولى اهتماما كبيرا لقطاع السكن، و في هذه الفترة و بالضبط في سنة ١٩٧٤ يصدر الأمر المتعلق بتأسيس الاحتياطات العقارية البلدية و يجسد إرادة الدولة في التحكم في الميدان العقاري .

و لقد شكل قانون الاحتياطات العقارية أول إطار شامل لتنظيم الملكية العقارية و ترتبت على تطبيقه عدة آثار امتدت عبر المراحل التشريعية الموالية لصدوره، و لذلك نتعرض في الفرع الأول لمحتوى هذا الأمر و في الفرع الثاني نتطرق إلى انعكاسات تطبيق سياسة الاحتياطات العقارية على البناء على أرض الغير.

الفرع الأول
سياسة الاحتياطات العقارية

بموجب الأمر رقم ٢٦/٧٤ ظهرت إلى الوجود سياسة الاحتياطات العقارية[1] التي كانت تهدف إلى تطبيق اللامركزية في توزيع الأراضي، و احتكرت بموجبها البلديات السوق العقارية فخولت لها صلاحية توزيع الأراضي و تهيئة القطع الأرضية قبل بيعها و إنجاز مناطق سكنية بعد تهيئتها .

و يمكن تعريف الاحتياطات العقارية على أنها اكتساب جماعات عمومية لأملاك عقارية تخصص للتعمير و تدمج ضمن الاحتياطات[٢] .

و قد أعطى هذا الأمر فرصة للبلديات لتحديد المحيط العمراني و اشترط أن تغطى كل بلدية بموجب مخطط عمراني معد من قبل المجلس الشعبي البلدي يحدد المنطقة العمرانية.

و قد أكدت المحكمة العليا هذا المبدأ بموجب قرارها المؤرخ في ١٩٨٩/٠١/١٤ حيث جاء فيه" **متى كان مقررا قانونا أن الأراضي المخصصة لتأسيس الاحتياطات العقارية البلدية يجب أن تكون واقعة ضمن حدود النطاق العمراني للمدن و المجموعات السكنية طبقا للمخطط الرئيسي للتعمير الذي يتم تحضيره من طرف المجلس الشعبي البلدي و موافقة وزير الأشغال العمومية عليه، و من ثم فإن القرار الإداري المتضمن إدراج قطعة أرض ملك للغير "الخواص" في الاحتياطات العقارية البلدية بغياب مخطط التعمير يعد خرقا للقانون و تجاوزا للسلطة** "[٣] .

يتضح إذن أنه يجب أن تكون الأراضي المدمجة داخلة في المنطقة العمرانية، و عليه يعد باطلا أي إجراء يتضمن إدراج قطعة أرض في الاحتياطات العقارية البلدية في حالة عدم وجود المخطط المعتمد .

---

[1] - الأمر رقم ٢٦/٧٤ المؤرخ في ٢٠ فبراير ١٩٧٤ نشر في الجريدة الرسمية يوم ٥ مارس ١٩٧٤ و منذ ذلك التاريخ أصبح بيع الأراضي المعدة للبناء محظورا .

[2] - زهيرة دبيح، أزمة البناية اللاشرعية و طرق معالجتها، بحث لنيل شهادة الماجستير كلية الحقوق سنة ٢٠٠٠/٢٠٠١ ص٣٢ .

[3] - قرار بتاريخ ١٩٨٩/٠١/١٤ تحت رقم ٥٧٨٠٩ المجلة القضائية العدد الرابع لسنة ١٩٩٠ ص ١٨٥ .

و تتكون الاحتياطات العقارية البلدية من جميع أنواع الأراضي الداخلة ضـمن المنطقـة العمرانية و التي آلت إلى البلدية، و تنقسم ملكية هذه الأراضي إلى أراض ملـك للدولـة بالإضافة إلى الأراضي الفلاحية أو ذات الطابع الفلاحي، حيث تنتقل ملكية هذا النوع من الأراضي إلى البلدية بصفة تدريجية و هذا قصد المحافظة على بقاء النشاط الفلاحي .

أضف إلى ذلك الأراضي التابعة للمزارع المسيرة ذاتيا الممنوحة للتعاونيـات الفلاحيـة لقدماء المجاهدين و الأراضي التي أدخلت في الصندوق الوطني للثورة الزراعيـة التـي اعتبرت ملكا للدولة .

و من جهة أخرى تتكون الاحتياطات العقارية البلدية من الأراضي التي يملكها الخواص و الموجودة داخل المحيط العمراني للبلدية مع الاحتفاظ بالحاجات العائلية لمالـك الأرض و المحددة بموجب المرسوم رقم ٢٨/٧٦ المؤرخ في ٧ فيفري ١٩٧٦ الذي يحدد كيفية تحديد الحاجيات العائلية لمالكي الأرض في ميدان البناء[1] و تخصص هذه المساحة للسكن .

و نورد في هذا الشأن القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ ١٩٨٩/٠٧/١٥ الذي جـاء فيه " **من المقرر قانونا أنه لا يجوز ضم القطع الأرضية التي هي ملك للأشـخاص إلـى الاحتياطات العقارية قبل تحديد الاحتياجات العائلية في مجال البناء، و من ثم فإن المقرر الإداري المطعون فيه المتضمن ضم قطعة الأرض المتنـازع عليهـا إلـى الاحتياطـات العقارية دون مراعاة الاحتياجات العائلية يستوجب البطلان** ". [2]

و قد صدر الأمر المتضمن تأسيس الاحتياطات العقارية واضعا حدا للمضاربة التي كانت سائدة في مجال نقل الملكية العقارية بين المواطنين، و اشترط أن تكون البلدية هي الهيئة الوحيدة التي تملك صلاحية شراء و بيع الأراضي الداخلة في المحيط العمراني .

[1] - الجريدة الرسمية العدد ١٧ .

[2] - قرار بتاريخ ١٩٨٩/٠٧/١٥ تحت رقم ٥٩٩٩٤ المجلة القضائية العدد الثاني لسنة ١٩٩١ ص ١٦٥ .

و لما كانت أسباب تأسيس الاحتياطات العقارية عديدة و متنوعة نلخصها في النقاط التالية :

- وضع حد للمضاربة خاصة في المدن الكبرى .
- سيطرة السلطات المحلية على السوق العقارية .
- حماية الأراضي الفلاحية .
- السيطرة على توزيع الأراضي لتجنب تعمير عشوائي .
- تحقيق المساواة بين المواطنين في الحصول على قطع أرضية .

و لضمان تحكم البلدية في الأراضي الصالحة للبناء أنيطت بالموثق و المحافظ العقاري مهمة مراقبة كل التحركات في الميدان العقاري، و هذا في إطار الأحكام المتعلقة بالشهر العقاري .

و يتمثل دور المحافظ العقاري في رفض تسلم و شهر التصرفات خاصة في حالة وجود نقائص في الوثائق الأساسية لتحرير العقد .

و يلتزم الموثق من جهته بإرفاق العقد المراد شهره بكل الوثائق التي ساعدت على تحريره، وإن غياب هذه الوثائق أو عدم استناد نقل الملكية على سبب قانوني مشروع يؤدي إلى عدم شهر التصرف .

و نلاحظ أن دخول قانون الاحتياطات العقارية حيز التنفيذ طرح مشكل العقود المبرمة قبل صدوره و التي لم تفرغ في الشكل الرسمي، فجاء المنشور الرئاسي المؤرخ في ٣٠ جوان ١٩٧٦ لتصحيح هذه العقود شرط أن تكون ثابتة التاريخ و كاف المحاكم بإجراء تحقيق للمتقاضين عن صحة البيع و تاريخه .

ومما جاء في هذا المنشور التأكيد على المحاكم بالتحري و إجراء التحقيقات حول ما إذا كان البيع أبرم قبل ٥ مارس ١٩٧٤ و تتوفر فيه جميع شروط البيع، ففي هذه الحالة يتعين إثبات تاريخ العمليات و يجب أن تحترم الأحكام الصادرة في هذا الشأن الحدود التي فرضها المرسوم رقم ٢٨/٧٦ المؤرخ في ٧ فيفري ١٩٧٦ المحدد لكيفية تحديد الحاجيات العائلية لمالكي الأرض في ميدان البناء، و في هذه الحالة تقوم هذه الأحكام مقام العقود الموثقة .

لكن من بين الانتقادات التي وجهت لهذا المنشور أنه تجاهل تماما الأمر الصادر في ١٩٧٠ المتعلق بالتوثيق الذي يفرض لصحة البيع العقاري الشكل الرسمي، بالإضافة إلى أنه لم يحدد مدة لتصحيح هذه البيوع[1] ، ونحن نعلم أن قانون التوثيق يشترط في البيع العقاري الشكل الرسمي تحت طائلة البطلان المطلق، و لكن هذا المنشور تجاهل العقد الرسمي و أعطى للأحكام الصادرة عن المحاكم حجية العقود الموثقة عوض أن يحيل الأطراف على الموثق لتصحيح المعاملة العقارية، و هو الأمر الذي يؤدي إلى زعزعة الثقة في العقود الرسمية، كما أنه ترك المدة مفتوحة لتصحيح البيوع و بالتالي خلق فرصا أخرى لنقل الملكية العقارية بطرق مخالفة للقانون و فتح المجال للأشخاص للتهرب من الإجراءات التي يفرضها قانون التوثيق و اللجوء مباشرة إلى المحاكم للحصول على أحكام تقوم مقام العقود الموثقة و تشهر بالمحافظة العقارية .

و في ظل مخالفة الإجراءات القانونية تكثر التجاوزات و التعديات على الملكية، و على العموم لم يكن هذا المنشور هو السبب الوحيد في ظهور عدة مخالفات و سنوضح أهم انعكاسات تطبيق سياسة الاحتياطات العقارية على البناء على أرض الغير فيما يلي :

الفرع الثاني
انعكاسات تطبيق سياسة الاحتياطات العقارية
على البناء على أرض الغير

كان الهدف الرئيسي من تأسيس الاحتياطات العقارية هو وضع حد للمضاربة و خاصة التحكم في ميدان البناء، و اعتبر هذا الأمر بمثابة ركيزة لتأطير الملكية العقارية، و لكن عوض أن يتحقق هذا الهدف أنبثث التجربة فشل هذه السياسة على الصعيد العملي لعدة أسباب .

في إطار تأسيس الاحتياطات العقارية تم الاعتماد على المخطط التوجيهي للتعمير الذي تحدد بموجبه المنطقة العمرانية، و الأراضي التي تقع خارج هذه المنطقة يشملها التزام بعدم البناء أو إرتفاق عدم البناء « la servitude de non oedificandi » ، و حسب الأستاذ بن

---

[1] -حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات و أحدث الأحكام،طبعة ٢٠٠٢ ،دار هومة ،ص ٨٠.

أقزوح شعبان[1] فإن هذه المساحة كانت مصدرا للعديد من المـشاكل بالنـسبة للبلـديات خاصة إذا كانت غير محددة فإنها تصبح مهددة بالاستحواذ عليها و إقامـــة مخـتلـف أنـــواع البنايات بمختلف الوسائل .

و بالفعل فقد أصبحت هذه الأراضي محط أطماع الجميع و يرجع السبب في ذلك إلى ندرة الأراضي، مما جعل المواطنين يحاولون الحصول عليها بأي وسيلة و ذلك بإقامة منشآت على القطع الأرضية المشمولة بإرتفاق عدم البناء و هي بنايات مقامة على أرض ترجـع ملكيتها للبلدية و لا يمكن للباني الحصول على رخصة بناء لأنه غير مالك للأرض، و هو ما أدى إلى انتشار البناء غير المشروع فلم تكن البنايات مقامة فقط علـى أرض تابعـة ملكيتها للبلدية، بل لم تحترم هذه البنايات أدنى قواعد التعمير و مقاييس البناء فكانت أقرب إلى الأحياء القصديرية .

و من بين الأسباب التي أدت إلى فشل هذه السياسة أيـضا قلـة التجربـة إذ أن قـانون الاحتياطات العقارية كان أول سياسة عمرانية تنتهجها السلطات العمومية، بالإضافة إلـى نقص الإطارات المتخصصة المشرفة على العملية، ذلك أن عملية دمج الأراضي ضـمن الاحتياطات العقارية تتطلب عددا معتبرا من الإطارات ذوي كفاءة على مستوى كل بلدية و هو ما لم تكن تتوفر عليه البلديات لذلك كثيرا ما كانت تقع أخطاء في عملية الدمج لعدم احترام الإجراءات القانونية و هو ما اتضح لنا من خلال قرارات المحكمة العليا المـشار إليها أعلاه، أضف إلى ذلك غياب المصالح التقنية و الإدارية المؤهلة في البلديات و عدم فعالية الدور الذي تلعبه البلديات في مراقبة احترام البناء للمقاييس و القواعد المعمول بها مما أدى إلى انتشار البنايات الفوضوية .

و قد أدى التسرع في تأسيس الاحتياطات العقارية إلى تجميد القطـع الأرضـية و عـدم استغلالها و أحيانا إلى استهلاك فوضوي و لا عقلاني للمخزون العقاري الموضوع تحت تصرف البلديات .

و نظرا للميزانية الضعيفة للبلديات التي لم تكن تمـلك المبـالـغ الكافيـة لتعـويـــض أصحـاب الأراضي المدمجة بصفة إجبارية، كانت تمتنع عن دفع التعويضات و في حالة

[1]- BENDJABALLAH. Jeux et enjeux autour des terres constructibles. revue IDARA volume 9 - N°1/1999 p 58.

دفعها كان الفرق شاسعا بين السعر المقدم كتعويض من طرف البلدية و ذاك المقـدم فـي السوق الموازية، و من هنا برز البيع غير الشرعي للقطع الأرضية فالسعر فـي الـسوق الموازية كان أعلى من السعر المقدم من طرف البلدية، مما جعل المالكين يبادرون إلـى التخاص من أراضيهم و الحصول على الثمن و هو ما يصعـب الحصـول عليـه فـي حـالة إدمـ ـ ـاج الأرض في الاحتياطات العقارية[1] .

ولهذا السبب كان أغلب المالكين لا يحصلون على سندات قانونية تثبت ملكيتهم و هو مـا ساعد على انتشار البناءات غير الشرعية و البناء على أرض الغير، لأن المالك الحقيقـي لم يكن لديه سند يثبت به ملكيته للأرض فيستوي بذلك هو والباني الذي في حقيقة الأمر قد اعتدى على ملكية الغير .

لكل هذه الأسباب يمكن القول أن سياسة الاحتياطات العقارية عوض أن تساهم في القضاء على البناء غير المشروع و خاصة البناء على أرض الغير كانت من بين الأسباب التـي ساعدت على انتشاره، لأن سيطرة البلديات على الأراضي من جهة و عدم قدرة الدولـة على توفير السكن من جهة أخرى جعل المواطنين يلجئون بالضرورة إلى الاستيلاء على الأراضي بغرض الحصول على حق مشروع هو الحق في السكن .

و قد نجم عن ذلك فوضى كبيرة و انتشار واسع للبناء غير الشرعي ما جعـل المـشرع يسير من رفض الاعتراف بمثل هذه البناءات إلى الاعتراف بها و محاولة تسويتها و هو ما يتضح لنا فيما يلي :

المطلب الثاني

تسوية وضعية الأراضي المعنية بقانون ٠١/٨٥

لقد صدر الأمر رقم ٠١/٨٥ المؤرخ في١٣ أوت ١٩٨٥[2] و أتى بمبدأ التسوية، و قد تم تحديد إجراءات التسوية بالمرسوم المؤرخ في نفـس التـاريخ و كـذا التعليمـة الوزارية المشتركة المؤرخة بنفس التاريخ و المنشورة بنفس الجريدة الرسمية .

---

[1]- S. BENDJABALLAH .op.cit . p 59 .

[2] - في ١٢ نوفمبر ١٩٨٥ صدر القانون رقم ٠٨/٨٥ يتضمن الموافقة على الأمر رقم ٠١/٨٥ المؤرخ في ١٣ أوت ١٩٨٥ الذي يحدد إنتقاليا قواعد شغل الأراضي قصد المحافظة عليها وحمايتها، الجريدة الرسمية العدد ٤٧ .

و قبل الخوض في شرح هذه النصوص القانونية لابد أن نوضح نقطة مهمة قد تؤدي إلى الالتباس، و هي ضرورة تحديد موقع البناء على أرض الغير من البناء اللاشرعي المعني بهذه النصوص .

فطبقا لنص المادة ٠٢ من الأمر رقم ٠١/٨٥ الذي يحدد انتقاليا قواعد شغل الأراضي قصد المحافظة عليها و حمايتها فإنه " لا يجوز لأي شخص طبيعي أو معنوي لم يحصل مقدما على رخصة بناء سلمتها له السلطة المخولة قانونا أن يباشر أو يقيم أي بناء كيفما كان موقعه .... " .

كما تنص المادة ٥٠ من قانون التهيئة و التعمير على أن " حق البناء مرتبط بملكية الأرض .... " .

و عليه يعد بناءا غير شرعي كل مسكن يقوم بتشييده شخص دون الحصول على ترخيص أو بدون عقد ملكية، كأن يقوم بتشييده على أرض ملك لغيره فالباني في هذه الحالة يعتبر غير مالك للأرض، و يعد غير مشروع أيضا إذا شيد بطريقة مخالفة للنصوص التشريعية و التنظيمية المتعلقة بالعقار و مخالفا لقواعد التعمير و مقاييس البناء .

و على هذا الأساس يعد البناء على أرض الغير صورة من صور البناء غير المشروع إذ يشكل اعتداءا على حق الملكية و لكنه في الوقت ذاته قد يتوفر على العناصر الأخرى التي تجعله غير مطابق لقواعد التعمير و مقاييس البناء، و لذلك تقسم البنايات اللاشرعية إلى قسمين :

البنايات اللاشرعية الفوضوية و البنايات اللاشرعية غير الفوضوية .

- **البنايات اللاشرعية الفوضوية :** هي تلك التي لا تطابق مقاييس البناء حيث تنعدم بها أبسط شروط الحياة و تشوه المحيط العمراني تشويها لا يمكن تلافيه و هي ما يسمى بالأحياء القصديرية .

- **البنايات اللاشرعية و غير الفوضوية :** و هي بنايات غير شرعية لأنها أنجزت خارج الإطار القانوني فأغلبها شيد دون رخصة بناء أو أن البناء شيد فوق أرض تابعة للأملاك العمومية أو مزرعة فلاحية أو أن نقل ملكية الأرض كان محل صفقة غير مشروعة.

و نلاحظ أن البناء على أرض الغير قد يأخذ الصورتين معا، فقد يقيم شخص بناءا على أرض ملك لغيره و لا يتوفر على أدنى مقاييس البناء فنكون أمام بناء لاشرعي و

فوضوي في آن واحد كما قد يشيد بناءا على أرض غيره أيضا و لكن لا يؤدي إلى تشويه المحيط العمراني فنكون هنـا أيضا أمام بناء لاشرعي و لكنه غير فوضوي، فيكون البناء في الحالتين بناءا غير شرعي و لكن يختلف من حيث طريقة التسوية التي نوضحها فـي الفقرات التالية :

الفرع الأول

الحالات القابلة للتسوية

يستوجب على القائمين بعملية التسوية أن يحيطوا بجميع العناصر التي يتكـون منها كل صنف من البنايات و أن يقوموا بدراستها ليتمكنوا من الحكم على بناية بأنها قابلة للتسوية أم لا، و تتمثل هذه العناصر في :

أولا : الصفة القانونية للقاعدة العقارية .

ثانيا : احترام قواعد البناء و التعمير .

ثالثا : تحديد الهدف من البناء و استعماله .

رابعا : الموقع الذي أقيم فيه البناء .

أولا : الصفة القانونية للقاعدة العقارية :

يقصد بالصفة القانونية للقاعدة العقارية الطبيعة القانونية للأرض المقام عليها البناء هـل هي أرض تابعة للأملاك العمومية أو أرض تعود ملكيتها للخواص، و تبعا لهذا التمييـز يتم تحديد نوعية الأراضي التي تقبل البنايات المشيدة فوقها للتسوية، و لذلك يميـز بـين نوعين من البنايات :

١/ البنايات المشيدة فوق أراض عمومية غير تابعة للأملاك العموميـة و لا لمـزارع فلاحية عمومية .

٢/ البنايات المشيدة فوق أراض يملكها الخواص .

١/ البنايات المشيدة فوق أراض عمومية غير تابعة للأمـلاك العموميـة و لا لمـزارع فلاحية عمومية :

تنقسم الأراضي العمومية إلى عدة أقسام منها :

- الأراضي التابعة للأملاك الوطنية فحسب المادة ١٢ من القانون رقم ١٦/٨٤ المؤرخ في

٣٠ جوان ١٩٨٤ المتعلق بالأملاك الوطنية[1] فإن الأملاك الوطنية العمومية تتكـون مـن الحقوق و الأملاك المنقولة و العقارية التي يستعملها الجميع والموضوعة تحت تصـرف

١- الجريدة الرسمية العدد ٢٧ .

الجمهور، و لذلك لا يمكن أن تكون محل ملكية خاصة بحكم طبيعتها أو غرضها و هـي غير قابلة للتصرف ولا للتقادم ولا للحجز .

و من ثم فإن البناء على هذه الأراضي يعتبر بناءا غير شرعي و لكنه لا يقبل التـسوية، ولذلك يهدم البناء و تعاد الأماكن إلى حالتها حتى و لو كان البنـاء مطابقـا للمقـاييس و القواعد المعمول بها .

- يتعلق النوع الثاني بالأراضي التابعة لمزارع عمومية فلاحية حيث قام بعض المواطنين بالبناء فوقها، و هذا النوع من الأراضي يخضع لبعض القوانين التي تحكمه و منها :

- المادتان ٥ و ٦ من الأمر رقم ٦٥٣/٦٨ المؤرخ في ١٩٦٨/١٢/٣٠ و المتعلق بالتـسيير الذاتي في الفلاحة المعدل بالأمر رقم ٤٢/٧٥ المؤرخ في ١٩٧٥/٠٦/١٧ .

- المادة ٢٠ من الأمر رقم ١٧٣/٧١ المؤرخ في ١٩٧١/١١/٠٨ المتضمن الثورة الزراعية .

- المادة ٨٥٩ من الأمر رقم ٥٨/٧٥ المؤرخ في ١٩٧٥/٠٩/٢٦ المتضمن القانون المدني .

و ترمي جميع هذه النصوص إلى منع التصرف في هذا النوع مـن الأراضـي التابعـة للتسيير الفلاحي و عليه لا يمكن اكتسابها بالتقادم و لا إيجارهـا حيـث تكـون طريقـة استغلالها جماعية، و لذلك لا تقبل البنايات المشيدة فوقها التسوية و تخضع لنفس الحكـم المطبق على البناء المقام على الأراضي التابعة للأملاك العمومية .

- أما النوع الثالث المتضمن الأراضي العمومية غير الأراضي المذكورة آنفا و هي التي تقبل وضعيتها التسوية، و يميز بين ما إذا كان شغل هذه الأراضي بسند أو رخـصة و بين ما إذا كان شغلها بدون سند و لا رخصة و تبعا لذلك تختلف طريقة التسوية :

ا/ شغل الأرض بسند أو رخصة سلمت قبل الإنجاز :

يقصد بالسند أو الرخصة هو تصريح بالأشغال صادر من الشخص العمومي المالك و لكن ليس له قيمة سند الملكية، و قد أحالت المادة ٠٢ من المرسوم رقم ٢١٢/٨٥ على أحكـام المادة ٧٨٥ من القانون المدني في حالة تشييد بناء على أساس سند أو رخصة .

و قد تناولنا في الفصل الأول الشرح المفصل لأحكام المادة ٧٨٥ مـدني و هـي تتعلـق بالباني في أرض غيره و هو حسن النية، و يتضح أن الباني هنا يعد حسن النيـة نظـرا لحصوله على الترخيص بالبناء و هو ما يدل على موافقة الشخص المعنـوي العمـومي المالك للأرض على تشييد البناء، و في هذه الحالة لا يجوز لهذا الأخير طلب الإزالـة و تسوى وضعية قطعة الأرض بالتنازل عن ملكيتها للشاغل الفعلي، و مقابل التنازل يـدفع المستفيد مبلغا نقديا يساوي قيمة القطعة الأرضية المتنازل عنها على أن لا يتناول التنازل إلا الجزء الذي استعمل كقاعدة للبناء المشيد و ذلك لأن التسوية أقرت لتفادي الهـدم فـلا يشمل التنازل إلا الجزء من الأرض المشيد فوقه البناء و ما فاق ذلك يبقى ملكا للبلدية، و يتوج التنازل بعقد ملكية يعد حسب الشكل الإداري و يجب أن يفرغ في شكل رسمي و لا يحتج بهذه العقود سواء فيما بين المتعاقدين أو في مواجهة الغير إلا إذا تم إشـهارها فـي المحافظة العقارية، و لدينا في هذا الصدد قرار صادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا بتاريخ ١٩٩٨/١٠/٢٨ حيث جاء فيه " **حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يظهـر أن قضاة المجلس اعتبروا أن القطعة الأرضية المتنازع من أجلها أصبحت مسندة إلـى مورث المدعى عليهم في الطعن بموجب مداولة المجلس الشعبي البلـدي، و أن هـذه المداولة تحل محل عقد الملكية إلى حين تسوية الوضعية إداريا .**

و لكن حيث أن مداولة المجلس الشعبي البلدي التي لم يتم تجسيدها بعقد بيع مشهر في مصلحة الشهر العقاري طبقا لنص المادة ٧٩٣ مدني لا تنقل للمـدعى علـيهم ملكيـة القطعة الأرضية المتنازع من أجلها طبقا للمادتين٧٩٢ و ٧٩٣ مدني .

و بالتالي فإن استظهار المدعى عليهم في الطعن بالمداولة وحدها لا يفتح الجهـة فـي المطالبة بإخلاء القطعة المتنازع من أجلها ما دام لم تنتقل إليهم الملكية .

و لما حكم قضاة مجلس عنابة بخلاف ذلك خالفوا أحكام المادتين المذكورتين أعـلاه و عرضوا قرارهم للنقض "[1] .

---

[1] - قرار بتاريخ ١٩٩٨/١٠/٢٨ تحت رقم ١٨٢,٣٦٠ المجلة القضائية لسنة ١٩٩٩ العدد الأول ص٨٣ .

و تقضي المادة ٧٩٣ مدني بأنه لا تنقل الملكية و الحقوق العينية في العقـار إلا بمراعـاة إجراءات الشهر العقاري، و كذا المادة ٢٩ من قانون التوجيه العقاري التي أكـدت علـى نفس المبدأ، و بالتالي فإن مداولة المجلس الشعبي الـبلدي غيـر المجسدة بعقد مشهر لا ترقى إلى مرتبة العقد الناقل للملكية العقارية و لا يمكنها أن تنقل ملكية القطعة الأرضية .

ب/ شغل الأرض دون سند أو رخصة :

تطبق المادتان ٧٨٢ و ٧٨٤ مدني إذا شيد الباني البناء و لم يكن فـي حوزتـه سـند أو رخصة، و قد رأينا في الفصل الأول أيضا أن المادة ٧٨٢ مدني وضعت قرينـة لـصالح مالك الأرض تعفيه بموجبها من إثبات ملكيته للمباني المقامة على أرضه، فطالمـا كـان مالكا للأرض فهو يملك ما فوقها و ما تحتها و كل ما يقام عليها من بنـاء أو غـراس أو منشآت أخرى يعتبر من عمله و أقامه على نفقته، و رأينا من جهة أخرى أن المادة ٧٨٤ مدني خاصة بحالة الباني سيئ النية .

و تبعا لذلك يستفيد الشخص المعنوي العمومي المالك للأرض من القرينة الواردة بالمـادة ٧٨٢ مدني فتعتبر المنشآت ملكا له، فهو المالك للأرض و يفترض أنه مالك المنشآت هذا من جهة، و من جهة أخرى يأخذ صاحب المنشآت حكم الباني سيئ النية لأنه أقام البنـاء دون الحصول على رخصة من المالك، و في هذه الحالة يتنازل الشخص العمومي للشاغل الفعلي عن قطعة الأرض مقابل دفع سعرها ولأن البناء يفترض أنه ملك للشخص المعنوي يلزم الشاغل بدفع تعويض يطابق كلفة المبنى المشيد مخصوما منه قيمة مواد البناء التـي جلبها.

و نشير هنا أنه لا يمكن أن تتجاوز المساحة الأرضية المتنـازل عنهـا فـي الحـالتين المذكورتين أعلاه حدود الاحتياجات العائلية و المهنية المحددتين بالنصوص التنظيمية التي جاءت تطبيقا لأمر ٢٦/٧٤ المتضمن تكوين احتياطات عقارية لفائدة البلديات .

٢/ البنايات المشيدة فوق أراض يملكها الخواص :

تنقسم هذه الحالة إلى قسمين :

ا/ الباني مالك للأرض : في هذه الحالة الباني هـو مالـك الأرض و شـيد بنـاءا دون الحصول على رخصة، و تبعا لذلك يتعين التمييز بين ما إذا كانت في حوزة الباني وثائق يثبت بها ملكيته للأرض و بين ما إذا لم تكن في حوزته هذه الوثائق، ففي الفرض الأول

و بغرض التسوية تسلم له رخصة بناء لاحقة لأن البناء قد تم تشييده و يتعـين عليـه أن يقوم بتقديم طلب رخصة البناء و تكون التسوية على أساس مطابقة البناية لمقاييس التعمير و قواعد البناء، أما إذا لم يكن في حوزة الباني وثائق تثبت ملكيته للأرض تسلم له رخصة بعنـوان التسـوية و لكنها لا تعـوض سند الملكية لـذلك ينبغي عليه تصحيح وضعيته فيمـا يخص ملكية الأرض و ذلك باللجوء إلى الموثق لتحرير عقد الملكية .

ب/ البنايات المشيدة فوق أراض يملكها الخواص و كانت محل صفقة غير مشروعة :

يقصد بالصفقات غير المشروعة هي تلك الـصفقات التي تم بموجبها نقل ملكية الأراضي خرقا للقواعد القانونية السارية المفعول، و لذلك فإن التاريخ الذي يعتد به هو التاريخ الذي تم فيه خرق التنظيم المعمول به، لاسيما المادة ١٦٨ من الأمر رقم ٧٣/٧١ المـؤرخ فـي ١٩٧١/١١/٠٨ المتضمن الثورة الزراعية[1] التي نصت على منع نقل ملكيـة الأراضـي الفلاحية أو معدة للفلاحة بين الأحياء، و المادة ٦ من الأمر رقم ٢٦/٧٤ الصادر بتـاريخ ٢٠ فيفري ١٩٧٤ المتعلق بالاحتياطات العقارية التي نصت على حـق احتكـار البلديـة للأراضي الداخلة في محيطها العمراني، ما عدا نقل الملكية عـن طريـق الإرث أي أن البلدية هي الوحيدة المخولة قانونا لبيع و شراء الأراضي، و بالتالي فإن نقل الملكية بـين الأفراد يعد مخالفا للقانون و يكون بمثابة صفقة غير مشروعة .

و في هذه الحالة تطبق أحكام المادة ١٤ من الأمر رقـم ٠١/٨٥ المـؤرخ فـي ١٣ أوت ١٩٨٥ و بموجبها تحل البلدية محل المالك السابق و تدمج الأرض التي كانت محل صفقة غير مشروعة ضمن الأملاك الخاصة للبلدية دون دفع تعويضات للحائز، أي أنها تمتلـك الأرض دون دفع تعويض ثم تتنازل البلدية عن ملكية الأرض للحائز الذي يجـب عليـه تسديد رسم عن قيمة الأرض يحدد من طرف مصالح أملاك الدولة، و يكـون عليـه أن يرجع على المالك الأصلي للحصول على التعويض.

و يعد هذا الدمج جزاءا للحائز بالدرجة الأولى فليس هناك ضمان لتعويضه، و كذا المالك الأصلي الذي يقع على عاتقه رسم خاص يقدر بخمسين في المائة (٥٠%) يحسب علـى أساس القاعدة الجبائية التي تطلع عليها إدارة التسجيل أو تقدرها في حالة نقـص القيمـة

[1] - الجريدة الرسمية العدد ٩٧ .

المصرح بها، و يكون هذا الإجراء بمثابة ردع حتى لا يقدم الأفراد على مخالفة القواعد القانونية .

و تتم تسوية وضعية الأراضي لفائدة من يحوز الأرض حيازة فعلية كما جاء في المادة ١٤ من الأمر رقم ٠١/٨٥ " و تتخذ البلدية أي إجراء يستهدف تثبيت الذين يشغلون فعلا هذه الأراضي " و عليه إذا كان المستفيد من المعاملة لا يتوفر فيه شرط الحيازة سقط حقه في التسوية و هذا من أجل حماية الحائز من جهة و حماية استقرار الوضع الظاهر حتى لا تثور نزاعات، و كذا دفع المواطنين إلى عدم ترك ملكيتهم شاغرة .

و تقوم البلدية بالتنازل لصالح الحائز عن ملكية الأرض التي أدمجت و هذا بعد دفع مقابل متى كانت المباني التي شيدت تتوفر فيها الشروط و المقاييس الجاري بها العمل في مجال البناء .

أما الصفقات العقارية غير المخالفة للأحكام التشريعية أعلاه، و كانت موضوع عقد عرفي له تاريخ ثابت حسب ما تنص عليه المادة ٣٢٨ مدني حيث يكون تاريخ العقد ثابتا ابتداءا من يوم :

- تسجيله .
- ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام .
- التأشير عليه على يد ضابط عام مختص .
- وفاة أحد الذين لهم على العقد خط أو إمضاء .

إن العيب الذي يشوب هذه الصفقات هو أنها لم تثبت بعقد رسمي كما ينص عليه القانون لا سيما المادة ٣٢٤ مكرر١ من القانون المدني، ففي هذه الحالة تكون تسويتها بلجوء الطرفين إلى الموثق لتحرير عقد بثبوت ملكيتهم و يجب على المعنيين بالأمر الحصول على مقرر الموافقة على التسوية يسلم للمعني من البلدية و كذا رخصة البناء أو ترخيص بالأشغال مسلم لغرض التسوية .

ثانيا : احترام قواعد التعمير و مقاييس البناء :

إن مطابقة القاعدة العقارية للأحكام التي عرضناها سابقا لا تكفي وحدها لتحديد ما إذا كان البناء قابلا للتسوية أم لا، بل يجب أن تراعى في عملية التسوية الأمور التقنية و ذلك

بالنظر إلى احترام الباني لقواعد التعمير و مقاييس البناء، و هو الأمر الذي يدعونا إلى التمييز بين حالتين :

أ/ البنايات المطابقة لقواعد التعمير و مقاييس البناء :

تسلم رخصة البناء بعنوان التسوية في حالة ما إذا أثبتت المصالح التقنية المختصة أن البناية مطابقة لقواعد التعمير و مقاييس البناء و ذلك مع مراعاة أحكام القانون رقم ٠٢/٨٢ المؤرخ في ٦ فبراير ١٩٨٢ المتعلق برخصة البناء و رخصة تجزئة الأراضي للبناء .

ب/ البنايات التي يمكن أن تصبح مطابقة لقواعد التعمير و مقاييس البناء :

و هي البنايات التي يتوفر فيها حد أدنى من قواعد التعمير و مقاييس البناء سواء قبل إنجازها أو بعد إنجاز الأشغال التي تجعلها مطابقة، و ذلك بإصدار المصالح التقنية أمرا بإتمام الأشغال قصد جعل هذه المباني متوفرة على الحد الأدنى من قواعد التعمير مع منح مهلة لصاحب البناء لتنفيذ هذه الأشغال .

و بعد إجراء التعديلات اللازمة و التأكد من طرف المصالح التقنية من مطابقة البناية لقواعد التعمير تسلم له رخصة البناء بعنوان التسوية .

و يهدف المشرع من خلال إشتراطه مطابقة البناء لقواعد التعمير إلى القضاء على البنايات الفوضوية التي تمس بالوجه العام للمحيط و تؤدي إلى تشويهه .

ثالثا : تحديد الهدف من البناء و استعماله[1] :

إذا كان البناء مخصصا للسكن تسوى وضعيته حسب الأشكال المنصوص عليها أعلاه .

أما إذا كان الهدف من البناء هو ممارسة نشاط و كان هذا النشاط ينطوي على إزعاج فيتعين الفصل في هذه الحالة بين العمل و البناية، فتسوى وضعية الأرض و البناء المقام عليها كما شرحناه سابقا أما النشاط فلا يرخص به حتى يتم التأكد من تغييره و تعديله و جعله مطابقا للنصوص القانونية المعمول بها .

و عليه تلغى كل رخصة سلمت مسبقا لممارسة هذا النشاط، و لا تسلم للمعني بالأمر رخصة البناء بعنوان التسوية إلا إذا حصل على رخصة تتضمن صراحة ممارسة النشاط.

رابعا : الموقع الذي أقيم فيه البناء :

نفرق هنا بين حالتين :

[1] - التعليمة الوزارية المشتركة المؤرخة في ١٣ أوت ١٩٨٥ .

ا/ البنايات المشيدة فوق مكان هيئت مرافقه : لا بد أن يتوفر المكان الذي يشيد فيه البناء على العناصر التقنية الضرورية للحياة و هو أمر مهم في تسوية وضعية البنايات التي شيدت فوق هذا النوع من الأراضي .

فإذا أقيم بناء في مكان هيئت مرافقه يجب على مصالح أملاك الدولة عند التقييم إدماج المصاريف التي أنفقتها الجماعات المحلية للتهيئة، بالإضافة إلى فرض رسوم و حقوق أخرى من قبل مصالح أملاك الدولة .

ب/ البنايات المشيدة فوق مكان لم تهيأ مرافقه : تترتب على عاتق البانين مهمة التكفل بأشغال التهيئة أي تهيئة المنطقة بالمرافق الضرورية و يتحملون جميع المصاريف، و قد منحت لهم مهلة سنة لمباشرة الأشغال .

فإذا اجتمعت في الحي عشر بنايات أو أكثر يتم إحداث جمعية بقرار من الوالي و تعتبر هذه الجمعية بمثابة الجهاز التنفيذي الذي يطبق عمليات تهيئة المرافق .

و الملاحظ هو عدم إقبال المواطنين على إنشاء هذه الجمعيات لذلك تكفلت البلديات بالقيام بأشغال التجهيز و التهيئة على حساب المستفيدين بشرط أن تدفع تكلفة الإنجاز مسبقا .

الفرع الثاني
الحالات غير القابلة للتسوية

إن البنايات التي لا تتوفر على الشروط الدنيا المحددة في المادة ٥ من المرسوم رقم ٢١٢/٨٥ سواء كان ذلك مباشرة أو بعد تنفيذ أشغال المطابقة هي بنايات لا تقبل وضعيتها التسوية و يجب هدمها .

و المقصود بالشروط الدنيا هو أن هذه البنايات لا تتوفر على أدنى قواعد التعمير و مقاييس البناء من جهة، و مخالفتها لقواعد قانونية من الواجب احترامها و هي :

- إما أن تكون شيدت فوق أراض خصصت نهائيا لإرتفاق عدم البناء .
- البنايات المشيدة فوق أراض مدرجة ضمن فئة الأماكن المحمية كالمناطق الأثرية .
- مخالفة تلك البنايات لقواعد الأمن خاصة المحافظة على البيئة و المحيط و حماية الصحة.

- البنايات التي تشوه المحيط تشويها خطيرا .
- البنايات المقامة فوق أراض خصصت للتجهيز العمومي يستحيل نقل مكان إقامته .
- البنايات المقامة فوق الأراضي الفلاحية .

هدم البناء و إعادة الأماكن إلى حالتها :

كل بناء لا يقبل التسوية معرض للهدم و إعادة الأماكن إلى حالتها، و يكون ذلك بقرار تتخذه لجنة ولائية التي تحدد الأجل الذي يتعين أن يقوم خلاله الشاغل بعملية الهدم .

هذا و تختلف إجراءات الهدم باختلاف قطعة الأرض المشيد عليها البناء بحسب ما إذا كانت أرضا عمومية أو ملكا للخواص و هو ما نوضحه فيما يلي :

أولا : البنايات المشيدة فوق أراض عمومية :

ينذر الشاغل في أجل محدد من قبل لجنة الولاية بإعادة الأماكن إلى حالتها الأصلية، فإذا انقضى الأجل و لم يبادر إلى هدم البناء يأمر رئيس المجلس الشعبي تلقائيا بالهدم و يتحمل الشاغل مصاريف الهدم و إعادة الأماكن إلى حالتها .

ثانيا : البنايات المشيدة فوق أراض تابعة للخواص :

في هذه الحالة نكون أمام بناية شيدت فوق أرض ملك للخواص و كانت الأسباب التي تمنع تسويتها تقوم على أساس المصلحة العامة، فإنه يتعين تنفيذ إجراء نزع الملكية و لا يترتب على نزع الملكية من أجل المنفعة العامة إلا تعويض الأرض العارية أما البناية فلا يتم التعويض عنها لأنها غير مشروعة .

و بعد أن حددنا الشروط الواجب توفرها للتسوية نتساءل الآن عن الإجراءات الواجب اتباعها للتسوية و كذا الأجهزة المكلفة بهذه العملية ؟ .

الفرع الثالث
إجراءات التسوية

بغرض الإلمام بكل جوانب هذا الموضوع رأينا أنه لا بد أن نتطرق إلى إجراءات التسوية، و بما أن هذه الأخيرة مسألة تقنية محضة سنعرضها بإيجاز .
تنقسم الإجراءات المتخذة للتسوية إلى مرحلة أولية تتخذ فيها الإجراءات على مستوى البلدية ثم تأتي مرحلة أخرى تدرس فيها الملفات على مستوى لجنة الدائرة ثم الولاية و سنعرج على كل هذه المراحل :

أولا : الإجراءات المتخذة على مستوى البلدية :

بعد إحصاء جميع البنايات المشيدة بطريقة مخالفة للقانون على مستوى تراب البلدية من طرف المجلس الشعبي البلدي، يتم تحديد الملف الذي يتعين على المستفيد من التسوية تكوينه، و الملفات تتكون من أربع نسخ خاصة بطلب رخصة البناء و يختلف تكوين الملف باختلاف أصناف البنايات :

أ/ البنايات ذات الاستعمال السكني الخاضعة لرخصة البناء :

في هذا النوع من البنايات يجب أن يشتمل الملف على الوثائق التقنية و الإدارية التالية :
فالوثائق التقنية تتضمن[1] :
- تصميم يحدد الموقع .
- حدود القطعة الأرضية و مساحتها و نوع البنايات المجاورة و ارتفاعها و عدد طوابقها.

أما الوثائق الإدارية تتمثل في :
- نسخة من عقد الملكية .
- العقد الذي يثبت الصفقة .
- نسخة من رخصة شغل القطعة الأرضية .
- وثائق إدارية تثبت هوية الشاغل .

ب/ أصناف البنايات الأخرى : و هي البنايات ذات الاستعمال السكني الخاضعة للتصريح بالأشغال يضاف في هذه الحالة للملف السابق تصريح بالأشغال، أما البنايات الخاضعة

[1] - كل التصاميم محددة بمقاييس حسابية في التعليمة الوزارية المشتركة .

لرخصة البناء و التي تعد لممارسة نشاط معين يضاف أيضا نسخة من طلـب رخـصة البناء و كذا بيان حول عدد العمال و الوسائل الخاصة بالوقاية من الحرائق و نسخة مـن قرار الوالي الذي يرخص بالنشاط، أما البنايات الخاضعة للتصريح بالأشغال و تعد فـي نفس الوقت لممارسة نشاط فإن الملف المطلوب هو نفسه بالنسبة للبنايات ذات الاستعمال السكني الخاضعة للتصريح بالأشغال .

بعد تكوين الملف و إيداعه لدى مصالح التعمير بالبلدية تتشكل لجنة دراسـة الملفـات، و نشير أن تسجيل الطلبات يكون في دفتر خاص مرقم و موقع عليه مـن طـرف رئـيس المحكمة المختص إقليميا .

ثم تأتي مرحلة دراسة الملفات و الهدف من هذه الدراسة هو تحديد نوعية الحالة و ترتيبها في إحدى المجموعات و الأصناف المحددة أعلاه و تتناول الدراسة على الخصوص مـا يلي :

- الصفة القانونية للقاعدة الأرضية (عامة أو خاصة) .
- الصبغة الأصلية للقطعة الأرضية (فلاحية أو معدة للبناء) .
- مساحة القطعة الأرضية و المنطقة التي توجد بها .
- صفة شغل الأرض .
- وجه استعمال البناية أو الغرض من بنائها .
- تجهيز القطعة الأرضية و تهيئتها بالطرق و الكهرباء .

و في الأخير تدون كل الآراء و التدابير الواجب اتخاذها لتسوية الوضعية أو الهدم و تبلغ هذه الآراء لرئيس الدائرة كي تقوم لجنة الدائرة بدراستها .

ثانيا : الإجراءات المتخذة على مستوى الدائرة :

تتم على مستوى الدائرة دراسة الملفات و اتخاذ القرارات عند الاقتضاء، و إلى جانب ذلك تحضر تقريرا شهريا يعالج تقدم الأشغال و يتطرق لكل الصعوبات التي تعرقل التسوية و يرسل هذا التقرير إلى اللجنة الولائية .

و على اللجنة أن تراعي عند دراسة الملفات الجوانب الآتية :

- في مجال القاعدة العقارية : بعد دراسة كل عناصر الملف تختار لجنة الـدائرة الحـل الذي تراه مناسبا .

- في المجال التقني : ينصب عمل لجنة الدائرة على بحث مدى توفر أشغال المطابقـة و تهيئة المرافق .
- في مجال ممارسة العمل : هنا يتعين الفصل بين البناية و العمل المزمع القيام به، فـإذا كان في الإمكان تسوية وضعية البناية حسب الشروط التـي عرضـناها سـابقا تـسوى وضعيتها أما رخصة ممارسة العمل فإنها لا تسلم إذا كان العمـل يتنـافى مـع صـبغة المنطقة.
- في المجال المالي : تقرر لجنة الدائرة الحقوق و الرسوم المتعلقة بالحل المعتمد .

يرسل الملف مصحوبا بالحل إلى البلدية فتعد هذه الأخيرة رخصة البناء إذا تـوفرت فـي البناء شروط المطابقة، أما إذا كان يحتاج إلى أشغال لا تسلم له الرخصة إلا بعـد القيـام بهذه الأشغال و دفع الرسوم .

و لكن إذا اعترضت اللجنة صعوبات فإنها ترسل الملـف إلـى الولايـة التـي تتخـذ الإجـراء المناسب كما سنرى .

ثالثا : الإجراءات المتخذة على مستوى الولاية

تدرس لجنة الولاية الملفات و تتخذ القرار المناسب لكل حالة و تتابع أشغال الدائرة، و قبل اتخادها لقرارها النهائي يمكن للجنة أن تطلب القيام بأي إجراء تراه ضروريا كالخبرة أو طلب إكمال الملف .

و في حالة تعرض لجنة الولاية لصعوبات يقوم الوالي بإخبار المصالح المركزية و هـذا من أجل استنفاذ كل الحلول التي تساعد على القضاء على ظاهرة البناءات غير الشرعية .

بعدها ترسل الملفات إلى مصالح أملاك الدولة و الشؤون العقارية التي تقوم بتقييم البنايات اللاشرعية و تحرير العقود الإدارية و كذا تقرير الحقوق المستحقة .

و لابد على المستفيد من التسوية أن يدفع سعر القطعة الأرضية التي تنازل عنها الشخص المعنوي العمومي لفائدته، و سعر التنازل هذا يجب أن يساوي القيمة التجاريـة الحقيقيـة للقطعة الأرضية، و قد جاء المرسوم رقم ٠٢/٨٦ المؤرخ فـي ٧ ينـاير ١٩٨٦ يـضبط كيفيات

تحديد أسعار شراء البلديات للأراضي الداخلة في احتياطاتها العقارية و أسعار بيعها[1] .
و بعد قيام الباني بتنفيذ كل الالتزامات الملقاة على عاتقه يبلغ له القرار بالتسوية بمبـادرة من رئيس المجلس الشعبي البلدي.
كما يقوم الوالي في حالة عدم توفر البناء على شروط التسوية بتبليغ قرار الهدم و إعادة الأماكن إلى حالتها .

في الختام نلاحظ أن أمر ٠١/٨٥ و النصوص التي تلته مكنت من تسوية عـدد كبير من البناءات المشيدة بطرق مخالفة للقانون و المنجزة قبل صدور هذا الأمر، فأمـام الانتشار الواسع للبناءات غير الشرعية كان لزاما إيجاد حل للحد من هذه الظاهرة، و هو ما فعله المشرع بتدخله بموجب الأمر رقم ٠١/٨٥ الذي ذكر بالقواعـد العامـة الواجـب احترامها لشغل الأراضي و كذا إجراءات نقل الملكية العقارية و العقوبات التي تنجر على مخالفتها ثم صدر المرسوم رقم ٢١٢/٨٥ الذي حدد شروط و إجراءات التسوية لتفـصلها فيما بعد التعليمة الوزارية المشتركة .
كل هذه النصوص القانونية تبين مدى حرص السلطات العمومية على معالجة البناء غـير المشروع .
غير أنه من بين العيوب التي شابت هذا الأمر هو معاقبته لطالـب التـسوية و إلزامـه بتسديد ثمن القطعة الأرضية من جديد للبلدية حسب تقييم إدارة أملاك الدولة، و لذلك لـم يجد المعنيون فائدة في كبيرة في اللجوء إليه، و هو الأمر الذي أعاق سير العمليـة وأدى إلى تهرب المعنيين من التسوية بل أكثر من ذلك استمر التعدي على الملكية و البناء على أرض الغير سواء كانت الأراضي ملكا للخواص أو ملك عمومي، مما حدا بالمشرع إلـى البحث عن تدابير جديدة في إطار إستراتيجية جديدة تهدف إلى الحد من البناء على أرض الغير .

[1] - الجريدة الرسمية العدد ١ .

المبحث الثاني

الإستراتيجية المتبعة للحد من البناء على أرض الغير

في ظل التشريعات الجديدة

بعد فشل التسوية المنتهجة من قبل المشرع في القضاء على البناءات اللاشرعية، تركز التفكير جديا حول إيجاد نظام صارم لتنظيم الملكية العقارية تنظيما محكما لمنع وقوع المخالفات، و لم يمر التطور الاقتصادي الذي شهدته البلاد غداة التسعينات دون أن يكون له أثر على الملكية العقارية - إذ تزامن صدور عدة نصوص قانونية مع هذه الفترة - فبرزت إلى الوجود في ظل الإستراتيجية الجديدة اتخاذ سياسة اقتصاد السوق المعتمد على الملكية الفردية و على قانون العرض و الطلب، فجاء قانون التوجيه العقاري رقم ٢٥/٩٠ المؤرخ في ١٨ نوفمبر١٩٩٠[1] ليلغي سياسة الاحتياطات

العقارية و يكون بمثابة القطيعة مع التسيير السابق للقطاع العقاري الذي تميز كمـا نعلـم بالتدخل المباشر للدولة، و هكذا تم تحرير المعاملات العقارية و عوض أن تطبـق علـى العقارات أسعار إدارية أصبحت تخضع لقانون السوق .

و أهم ما يميز الإستراتيجية الجديدة هو صدور عدة نصوص قانونيـة تحـدد القواعـد الواجب احترامها في الميدان العقاري، و ترمي إلى إصلاح أنظمـة ملكيـة الأراضـي، بالإضافة إلى تخلي المشرع عن مبدأ التسوية إلا في نطاق ضيق أملته ظـروف سـابقة كتسوية وضعية أراضي البناء الممنوحة في إطار الاحتياطات العقاريـة، أمـا البنايـات اللاشرعية فلا تقبل وضعيتها التسوية و إنما يقضي القانون بهدمها .

و يهدف المشرع إلى إرساء أدوات قانونية تهدف أساسا إلى منع وقوع المخالفات أي تبني أسلوب وقائي، هذا بالإضافة إلى الإعتماد على المخططات العمرانية ، و تنظيم الـرخص المتعلقة باستغلال الأراضي و هي رخصة البناء و التجزئة و الهدم، ووضع جهاز لمراقبة البناء و تقصي المخالفات يتمثل في شرطة التعمير، كل هذا نتعرض لـه فـي المطلـب الثاني تحت عنوان توجيه و مراقبة الأراضي العمرانية، و قبل ذلك نتطرق في المطلـب الأول إلى مظاهر إصلاح أنظمة ملكية الأراضي .

[1] - الجريدة الرسمية العدد ٤٩ .

المطلب الأول
إصلاح أنظمة ملكية الأراضي

لقد بات من الضروري إصلاح أنظمة ملكية الأراضي بهدف القـضاء علـى الأسباب التي تؤدي إلى انتشار البناء على أرض الغير، فمن شأن هذه الإصلاحات الحد و بصورة كبيرة من البناء على أرض الغير، و قد كان من أولى إهتمامات الإصـلاح هـو تسوية الأوضاع الموروثة عن تطبيق أمر ٢٦/٧٤ المتعلق بالإحتياطات العقارية (الفـرع الأول) و إعادة بعث و تنشيط عملية مسح الأراضي (الفرع الثـاني) و كـذا تـسوية وضعية ملكية العقارات غير المثبتة بسند (الفرع الثالث) و إقرار بطلان العقود العرفية الناقلة للملكية العقارية (الفرع الرابع) .

الفرع الأول
تسوية وضعية أراضي البناء الممنوحة في
إطار الإحتياطات العقارية

إن العديد من الشاغلين للقطع الأرضية الممنوحة فـي إطـار أمـر ٢٦/٧٤ لا يحوزون على سندات ملكية قانونية، الشيء الذي حرمهم من الإستفادة من قروض بنكية و كذا الحصول على رخصة البناء، و هي من بين النتائج السلبية التي ترتبت على تطبيـق سياسة الإحتياطات العقارية، و التي ساعدت على إنتشار البناء غير الشرعي و خصوصا البناء على أرض الغير، لسهولة الإستيلاء على الأراضي التي لا يملك أصحابها سـندات تثبت ملكيتهم.

و بغية معالجة هذا الوضع نص المشرع في قانون التوجيه العقاري على أحكام تهـدف إلى تسوية وضعية هذه الأراضي، و هو مظهر من مظاهر إصلاح أنظمة ملكية الأراضي و ذلك بالقضاء على سبب من الأسباب التي أدت إلى إنتشار البناء علـى أرض الغيـر و هي الملكية العقارية غير المفرغة في قالب رسمي، و تسوية وضعية الأراضي الممنوحة في إطار الإحتياطات العقارية بصفة نهائية، و قد تضمنت المادة ٨٦ حالتين للتسوية حسب مدى تقدم عملية الدمج ضمن الإحتياطات العقارية :

<u>الحالة الأولى</u> : الدمج النهائي ضمن الإحتياطات العقارية :

إن الأراضي التي تم إدماجها ضمن مساحات التعمير للبلدية في شكل منـاطق حـضرية جديدة مناطق سكنية و تجهيزية قبل صدور القانون رقم ٢٥/٩٠ و التي تم إتخاذ بـشأنها إجراءا من الإجراءات القانونية التالية :

- مداولة المجلس الشعبي البلدي موافق عليها قانونا .
- كانت محل تسليم رخصة البناء أو رخصة تجزئة الأراضي للبناء و/أو أعمال إنسانية .

في هذه الحالة يتم إستكمال الإجراءات المتبقية طبقا لأمر ٢٦/٧٤ و تدمج نهائيـا ضـمن الإحتياطات العقارية البلدية، ذلك أن هذه الأراضي قطعت إجراءات الدمج فيها أشـواطا كبيرة، و بسبب إلغاء العمل بقانون الإحتياطات العقارية ظلت عالقة فلم تدمج نهائيا فـي الإحتياطات العقارية و لم تبقى على ملك أصحابها، لذلك قرر المشرع إدماجها نهائيا فـي

الإحتياطات العقارية على أن تقوم البلدية بتسليم سلطة تسييرها للوكالة المحلية للتسيير العقاري .

<u>الحالة الثانية</u> : إحتفاظ الملاك الأصليين بملكية أراضيهم :

و هي تلك الأراضي التي لم تكن محل إجراء للدمج ضمن الإحتياطات العقارية و نشير هنا أن الإجراءات المذكورة أعلاه جاءت على سبيل الحصر و ليس على سبيل المثال، و قد جاء في نهاية الفقرة " أو أعمال إنسانية " و هي كلمة عامة تحمل عدة مدلولات، كأن يستولي شخص على أرض ملك لغيره و يقوم بالبناء عليها فإنه بذلك يضع مالك الأرض أمام الأمر الواقع، و يؤدي هذا التصرف إلى دمج الأرض ضمن الإحتياطات العقارية، و عليه ينبغي أن يكون تفسير هذه الفقرة ضيقا حماية للملكية الفردية .

و لقد صدرت تعليمة وزارية مشتركة بتاريخ ٢ جانفي ١٩٩٣ تتعلق بتسوية الوضعية القانونية للأشخاص الذين استفادوا من قطع أرضية في إطار الإحتياطات العقارية [1] - مساحتها أقل أو تساوي ٤٠٠ م^{٢} - إذا لم يستفيدوا من أية قطعة أرضية أخرى و التي كانت ضمن الإحتياطات العقارية و لكن واجهتهم صعوبات في الحصول على رخص البناء بسبب غياب عقود رسمية تثبت ملكيتهم على الأراضي التي استفادوا منها، و تتمثل التسوية في ظل هذه التعليمة في تحرير عقود ملكية قانونية، و تتكفل بهذه العملية البلدية بمساعدة خلية تنسيق و متابعة .

تجتمع هذه الخلية بصفة دائمة لدراسة الملفات و من مهامها :

- السهر على إعداد قرارات إدارية تتضمن تحويل ملكية الدولة إلى البلدية .
- تقديم المساعدات للبلدية في المعالجة التقنية للملفات .
- ضمان إتمام إجراءات التسجيل و الإشهار العقاري للعقود .

و دائما في إطار التسوية تميز التعليمة بين حالتين :

<u>الحالة الأولى</u> : البلدية مالكة للقطع الأرضية المتنازل عنها :

في هذه الحالة تصدر البلدية قرارا يتضمن التنازل عن قطعة الأرض المعنية و لا يثور أي مشكل.

[1] - تعليمة وزارية رقم ١ مؤرخة في ٢ جانفي ١٩٩٣ متعلقة بتحرير سندات الملكية لصالح المواطنين المستفيدين من أراضي البناء في إطار الإحتياطات العقارية البلدية .

و هناك حالات لم تسلم فيها البلدية العقود للمستفيدين بسبب عدم دفعهم لمصاريف التهيئة، في هذه الحالة تقوم البلدية باستكمال إجراءات التسجيل و الإشهار العقاري و التهيئـة، و تسلم العقود لأصحابها و لكن بعد إيداع هؤولاء لتصريح كتابي يتعهدون فيه بدفع ما عليهم في مهلة لا تفوق ثلاثة أشهر من تاريخ تسليم العقود .

الحالة الثانية : البلدية ليست مالكة للقطع الأرضية المتنازل عنها :

في هذه الحالة نكون أمام الفرضيات التالية :

١/ الدولة هي المالكة للقطعة الأرضية و عملية دمج تلك الأرض في الإحتياطات العقارية لم تنته بعد، و عليه و حتى إن وجدت قرارات التنازل من طرف البلدية لصالح المـستفيد إلا أنها غير قابلة للشهر و بالتالي فهي غير ناقلة للملكية، الأمر الذي يستوجب معه إنهاء عملية الدمج حتى يمكن للبلدية أن تتصرف فيها كمالكة .

٢/ قطعة الأرض ملك للغير أي تابعة للملكية الخاصة و هـي فرضـية لـم توضـحها التعليمة، و يجب في هذا الصدد إحترام الملكية الخاصة و عدم الإعتداء عليها .

- قطع الأراضي التي وزعت على محترفي التهيئة و النشاط العقاريين : و قد صـدرت التعليمة الوزارية المشتركة رقم ٢ المؤرخة في ٣١ جويلية ١٩٩٤ فيما يخص الأراضـي

التي قامت البلدية بتوزيعها أو التنازل عنها لصالح محترفي التهيئة و النشاط العقاريين[١] مقدمة نفس الحلول التي جاءت به التعليمة الوزارية المشتركة رقم١ أعلاه، و لكن تم فـي ظل هذه التعليمة توضيح تكوين الملف الإداري الذي يجب تقديمه من طرف المـستفيد و كذا تحديد الآجال التي يتم خلالها الفصل في الملفات المعروضة .

و يميز في ظل هذه التعليمة بين نوعين من الأراضي :

ا/الأراضي التي لم تدمج ضمن الإحتياطات العقارية غير أنها كانت محلا :

- لمشاريع إسكان أو تجهيز تم الإنطلاق فيها قبل ١٨ نوفمبر ١٩٩٠ تاريخ صدور قانون التوجيه العقاري .
- تسليم رخصة بناء أو تجزئة .
- مداولة المجلس الشعبي البلدي موافق عليها .

فهذه الأراضي يجوز لخلية التنسيق و المتابعة أن تقضي بتصفية وضعيتها القانونية .

ب/ الأراضي الأخرى و التي لم يتم البناء عليها تبقى خالصة لملاكها الـشرعيين و هـو نفس حكم الفقرة الثالثة من المادة ٨٦ من قانون التوجيه العقاري .

و بهذا يكون المشرع قد أوجد الحلول القانونية التي من شأنها أن تضمن إستقرار الملكيـة العقارية و تمكن من إستغلال العقار وفق ما يتطلبه القانون و من جملة ذلك الحصول على رخصة البناء و كذا الحصول على قروض من البنوك و بهذا تتم معالجة جزأ من الآثـار السلبية التي ترتبت على تطبيق قانون الإحتياطات العقارية .

لكن تسوية وضعية أراضي البناء الممنوحة في إطار الإحتياطات العقارية لا تكفي وحدها للحد من المخالفات التي تعرفها الساحة العقارية بل يجب تعزيز ذلك ميدانيا بإرساء مسح عام للأراضي و هو ما نتطرق له في الفرع الموالي .

١- تعليمة وزارية مشتركة رقم ٢ المؤرخة في ٣١ جويلية ١٩٩٤ متعلقة بتحرير سندات الملكية لفائدة متعاملي الترقية العقارية أو النـشاطات الصناعية الخاصة بالقطع الممنوحة في إطار الإحتياطات العقارية البلدية .

الفرع الثاني

مسح الأراضي العام

تقوم السياسة العقارية الجديدة على إيجاد نظام شهر عقاري عيني يرتكز على مسح الأراضي[1] و قد تم صدور الأمر رقم ٧٤/٧٥ بتاريخ ١٢ نـوفمبر١٩٧٥ المتـضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري[2] .

و يمتاز نظام الشهر العيني بكونه ينصب على تحديد هوية العقار و أرقامه و مساحته ثـم أسماء مالكيه و الحقوق الواردة عليه في دفتر يسمى الدفتر العقاري، كمـا أنـه يعطـي للمحافظ العقاري صلاحية التأكد من الملكية و ذلك بفحص العقود .

و لقد صدر المرسوم التنفيذي رقم ٦٢/٧٦ المؤرخ في ٢٥ مارس١٩٧٦ يتعلق بإعداد مسح الأراضي العام المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي رقم ١٣٤/٩٢ المؤرخ في٧ أفريل ١٩٩٢[(٣)] .

إن عملية مسح الأراضي هي الركيزة الأساسية في أي إصلاح عقاري حقيقي، لأنه إذا تم المسح تتقرر بصفة نهائية كل الحقوق المشهرة و تتقلص المخالفات و منها البناء على أرض الغير لثبوت الملكية و بموجب سند رسمي لصاحب الأرض، و بالتالي يتضح أن الباني هو المعتدي و لا مجال لهذا الأخير لإثارة مسألة عدم ثبوت ملكية الأرض لتبرير إقدامه على البناء إذ أنه لا مجال للنزاع حول هذا الأمر .

و تشمل عملية إعداد المسح العام للأراضي على تحديد ما يلي :

- القوام المادي و طبيعة الأرض .
- طبيعة شغل الأرض أو تخصيصها (فلاحية أو حضرية) .
- الملاك و أصحاب الحقوق العينية .

و يمنح أجل شهر من تاريخ إيداع مخطط مسح الأراضي بمقر البلدية لتقديم الشكاوى

[1] - و قد كان نظام الشهر الشخصي هو السائد حيث يشهر العقار بإسم الشخص المالك، و لكن صاحبت هذا النظام عيوب منها : وقوع الخلط لإحتمال تشابه أسماء المالكين، سهولة الغش و التدليس، عدم وجود ضمان للحق المشهر بصفة مطلقة.

[2] - الجريدة الرسمية العدد ٩٢ .

[3] - الجريدة الرسمية العدد ٢٦ .

التي تفحصها لجنة مسح الأراضي و تحاول التوفيق بين المعنيين، و في حالة عدم التوصل إلى ذلك يعطى أجل ثلاثة أشهر للاتفاق أو رفع الدعوى و لدى انقضائه تصير الحدود المؤقتة نهائية .

غير أن عملية مسح الأراضي واجهتها عدة عقبات ترجع في قسمها الأكبر إلى المشاكل المتراكمة من الناحيتين التقنية و المادية، حيث أعاقت العملية و أفرزت عدة نتائج سلبية، و من بين ما اعترض العملية من مشاكل نوجز على الخصوص ما يلي :

- نقص في الوسائل المادية و كذا البشرية و خاصة منها فئة الإطارات، إذ أن العملية تتطلب عددا كبيرا من الخبراء المساحين العقاريين و رجال القانون بالإضافة إلى ميزانية ضخمة .

- القيام بعمليات ظرفية كعملية مسح الأراضي في إطار تطبيق قانون الثورة الزراعية، تحديد الاحتياطات العقارية،إعادة هيكلة المزارع بالإضافة إلى التقسيمات الإدارية المتتالية و غيرها من المشاريع .

- تراكم المشاريع و عدم إنجازها في الظروف و الآجال المحددة لها و هو ما خاص إليه تقرير حكومي في سنة ١٩٨٨ حول تقييم عملية مسح الأراضي التي تأخرت كثيرا في إنجاز البرامج المحددة لها أقل من خمسين بالمائة[1] .

لكل هذه الأسباب أصبحت عملية إعادة هيكلة القطاع المشرف على إنجاز عملية مسح عام للأراضي أكثر من ضرورة، فتمت المصادقة بموجب المرسوم الرئاسي رقم ٤٤٠/٩٢ الصادر في ٢ ديسمبر ١٩٩٢[2] على القرض الممنوح من قبل البنك الدولي و الذي خصص لتأطير العنصر البشري و تدعيم الوسائل المادية .

و لم تقتصر عملية إعادة الهيكلة على هذا الجانب فقط، إذ بهدف تقليص دور السلطات المركزية في التسيير تم التنازل عن عملية مسح الأراضي لصالح الوكالة الوطنية لمسح الأراضي بموجب المرسوم التنفيذي رقم ٢٣٤/٨٩ الصادر في١٩ ديسمبر ١٩٨٩[3] .

و تعد الوكالة الوطنية لمسح الأراضي مؤسسة عمومية ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية القانونية[1] و من مهامها :

- تنفيذ أعمال التحقيق العقاري الخاصة برسم الحدود و ترقيم العقارات الممسوحة في السجل العقاري .
- تحرير مخططات المسح و ضبطها باستمرار .
- إنشاء البطاقات العقارية .
- السعي من أجل تطابق مسح الأراضي مع السجل العقاري .
- مراقبة الأشغال التي يقوم بها المساحون و مكاتب الدراسات .

و لدى الانتهاء من عملية المسح تحفظ نسخ من الوثائق بكل من :

---

[1] - سماعين شامة الأدوات القانونية للسياسة العقارية في الجزائر منذ ١٩٩٠ رسالة ماجستير معهد الحقوق و العلوم الإدارية - بن عكنون السنة ١٩٩٩ ص٣٩ .

[2] - الجريدة الرسمية العدد ٨٧ .

[3] - الجريدة الرسمية العدد ٥٤ .

[1] - يخضع التنظيم الداخلي للوكالة للقرار الوزاري المشترك المؤرخ في ٩ يوليو ١٩٩٤ الجريدة الرسمية العدد ٧٣ .

- الوكالة الوطنية التي تعمل على الحفاظ عليها و تجديد المعلومات المدونة بها بصورة منتظمة .
- مقر البلدية التي تجعلها في متناول الجميع .
- المحافظة العقارية و هي ملزمة بإنشاء السجل العقاري .

و قد يتبادر إلى أذهاننا سؤال حول العلاقة الموجودة بين إعداد مسح عام للأراضي و المحافظة العقارية ؟ .

الجواب هو أن المحافظ العقاري بمجرد تسلمه وثائق مسح الأراضي يقوم بعملية ترقيم للعقارات الممسوحة و يكون الترقيم إما :

١/ نهائيا : بالنسبة للعقارات التي يحوز مالكوها سندات أو عقود أو كل الوثائق الأخرى المقبولة التي تثبت حقهم، بالإضافة إلى تسجيل كل الرهون العقارية و حقوق التخصيص.

٢/ مؤقتا : و نميز هنا بين مدتين :

أ/ لمدة أربعة أشهر : يكون الترقيم لمدة أربعة أشهر بالنسبة للعقار الذي ليس لمالكه الظاهر سند يثبت ملكيته، و لكنه يمارس حيازة تسمح له باكتساب الملكية فتشهر شهادة حيازته و يصبح الترقيم المؤقت نهائيا إذا مضت مدة أربعة أشهر دون إبداء أي إعتراض من قبل المالكين الأصليين .

ب/ لمدة سنتين : في حالة عدم وجود أي سند يثبت الملكية أو الحيازة يعطي المحافظ العقاري ترقيما مؤقتا لمدة سنتين، و بانتهاء المدة يصبح الترقيم المؤقت نهائيا إذا لم يسجل أي اعتراض .

و بالترقيم النهائي يتحصل المالك على الدفتر العقاري الذي يعد بمثابة السند القانوني للملكية و تسجل عليه كل الحقوق المترتبة على العقار .

و هذا من أهم الآثار التي تنجر عن عملية المسح و خصوصا بالنسبة للترقيم المؤقت الذي يمكن من تسوية عدد كبير من الحالات التي يحوز أصحابها الأرض و لا يملكون سندا يثبت ملكيتهم، و هو ما يؤدي إلى القضاء على الملكية غير المثبتة بسند و بالتالي المضي نحو التصفية العقارية لحق الملكية .

و من شأن حصول كل شخص على سند يثبت ملكيته تقليص البناء على أرض الغير، لأن كل الملكيات تكون محددة بدقة و مشهرة بالمحافظة العقارية و بالتالي يصعب الاستيلاء عليها .

و على الرغم من إنشاء الوكالة الوطنية لمسح الأراضي إلا أن مشكل مسح الأراضي لا يزال مطروحا لضعف وتيرة العملية، فحسب تقرير أعده وزير الميزانية الأسبق فقد باشرت الدولة مخططا خماسيا ما بين ١٩٩١ و ١٩٩٧ حددت من خلاله ١ مليون هكتار كمسح أراضي في المناطق الريفية و ٣٥ ألف هكتار في المناطق الحضرية، مع الإشارة إلى أن المساحة الإجمالية كان يفترض أن تشمل ١١ مليون هكتار في المناطق الريفية و ٣٥٠ ألف هكتار في المناطق الحضرية، لكن مع نهاية ٢٠٠١ لم تغط عمليات مسح الأراضي سوى ٣٣٦ بلدية فيما توجد ١٦٧ بلدية في طور التغطية من مجموع ١٥٠٠ بلدية، و لحد الآن لم يتم تغطية سوى ٥ مليون هكتار في المناطق الريفية و ٧٠ ألف هكتار في المناطق الحضرية[1] .

يستخلص من هذه الإحصائيات غياب عمليات مسح الأراضي بمعظم البلديات و هذا بعد أكثر من عشرين سنة من إصدار الأمر رقم ٧٤/٧٥ و هو ما زاد في تفاقم الوضع و انتشار المعاملات غير القانونية في ظل غياب إجراءات ردعية فعالة .

إن أي محاولة للتحكم في المخزون العقاري و ضبط تسييره و مراقبة مدى احترام القواعد القانونية في مجال نقل الملكية العقارية و استغلالها، لابد أن تستند على مسح للأراضي و من ثم إرساء قواعد قانونية صارمة بهدف معاقبة كل المخالفين .

و لأن عملية مسح الأراضي تسير بوتيرة بطيئة فإن المشرع و حماية للملكية العقارية في الفترة الانتقالية من نظام الشهر الشخصي إلى نظام الشهر العيني استحدث ما يعرف بشهادة الحيازة التي نتناولها فيما يلي .

الفرع الثالث
إنشاء شهادة الحيازة

[1] - يومية الخبر، الأربعاء ٨ ماي ٢٠٠٢ العدد ٣٤٦٧ .

رأينا سابقا أن نظام الشهر المعتمد في الجزائر منذ صدور أمر ٧٤/٧٥ يقـوم على أساس إنشاء المسح العام للأراضي، بموجبه يكون سند الملكية بمثابة بطاقة تعريـف للعقار فتسجل عليه كافة التغيرات التي تطرأ على العقار .

و مواجهة للمرحلة الانتقالية من النظام الشخصي إلى النظام العيني، تمر تسوية وضـعية ملكية العقارات غير المثبتة بسند بما اصطلح عليه شهادة الحيازة، فنظرا لاتـساع رقعـة الأراضي التي لم تمسها عملية المسح العقاري استحدث المشرع بموجب المـادة ٣٩ مـن القانون رقم ٢٥/٩٠ المؤرخ في ١٨ نوفمبر١٩٩٠ المتضمن التوجيه العقاري شهادة الحيازة بهدف دفع المواطنين الذين يحوزون أراض لمدة سنة على الأقل في مناطق لم تشملها بعد عملية المسح الحصول على سند قانوني يبرر وضع يدهم، و تسلم هذه الشهادة مـن قبـل رئيس المجلس الشعبي البلدي الواقع في دائرة اختصاصه العقار محل الطلب .

<u>أولا</u> : شروط تسليم شهادة الحيازة : ينص المشرع على جملة من الـشروط يمكن تصنيفها إلى قسمين : شروط موضوعية و أخرى شكلية .

١/ الشروط الموضوعية :

يجب أن تكون الأرض محل طلب شهادة الحيازة :

- أرض تابعة للملكية الخاصة أي أنها غير تابعة للأملاك الوطنية وفقا للقـانون رقـم ٣٠/٩٠[1] ، لأن الأملاك الوطنية لا يمكن أن تكون محل ملكية خاصة .
- أرض بدون سند و لو عرفي يثبت ملكيتها، لأنه لو كان للأرض مالك و لو بعقد عرفي لا تمنح شهادة الحيازة لأن عقـد الـملـكية يفوق شهادة الحيازة من حيث الحجية، و لأن المالك ظاهر في هذه الحالة و بالتالي لا مجال لتسوية الوضعية بمنح شهادة الحيازة .
- تقع بإقليم بلدية لم يتم مسح الأراضي فيها إذ المسح يعد أداة تصفية نهائية .

أما بالنسبة للحيازة فيجب أن تكون :

- حيازة مستمرة و غير منقطعة .
- هادئة و علنية لا تشوبها شبهة .

٢/ الشروط الشكلية :

تستهدف احترام عدة إجراءات وقد ميز المشرع بين إجرائين[1] :

[1] - القانون رقم ٣٠/٩٠ المؤرخ في ١ ديسمبر ١٩٩٠ يتعلق بالأملاك الوطنية الجريدة الرسمية العدد ٥٢ .

أ/ الإجراء الفردي : و هو الطريق العادي للحصول على شهادة الحيازة، حيث يقوم طالب الشهادة بتقديم عريضة كتابية تتضمن كل البيانات التي تحدد العقار محل الحيازة تحديـدا دقيقا و ذلك بتقديم المعلومات حول قوام العقار و مساحته، هوية الحائز، كـل الحقـوق و الأعباء التي قد يكون العقار محملا بها .

ترفق العريضة بالوثائق التالية :

- تصريح شرفي يعد وفق النموذج الملحق بالمرسوم ٢٥٤/٩١ يتضمن تعيـين العقـار و هوية أصحاب العريضة .....إلخ .
- شهادات الحالة المدنية لأصحاب العريضة .
- مخطط يبين حدود القطعة المعنية ووضعيتها .
- كل وثيقة أو سند يدعم موقف أصحاب العريضة .

ب/ الإجراء الجماعي : يخص هذا الإجراء برامج التحديث الريفـي أو الحـضري ذات المنفعة العامة أو برامج إعادة التجميع العقاري .

حيث يقوم الوالي بإصدار القرار المتضمن الشروع في الإجراء الجماعي بناءا على طلب من السلطة المسؤولة عن تنفيذ برنامج التحديث أو إعادة التجميع، و يودع هذا القرار لدى البلدية و ينشر في مقرها و كذا فـي الـساحات الـعـمومية كما ينـشر فـي إحـدى الجرائد الوطنية أو الجهوية لكي يقوم كل من يهمه الأمر بتقديم طلبه الفردي لاسـتخراج شهادة الحيازة[1] .

<u>ثانيا</u>: آثار تسليم شهادة الحيازة :يستخاص من المادتين ٤٢ و ٤٣ من القانون رقم ٢٥/٩٠ أن شهادة الحيازة هي شهادة اسمية، غير قابلة للتصرف فيهـا، و لا يترتـب على تسليمها تغيير في الوضعية القانونية للعقار .

١/ شهادة الحيازة شهادة اسمية : يعني ذلك أن شخص طالب شـهادة الحيـازة محـل اعتبار، إذ تسلم له الشهادة شخصيا فإذا توفي يكون أمام الورثة و المشتركين الآخرين في الحيازة مهلة سنة واحدة ابتداءا من تاريخ الوفاة لطلب تسليم شهادة حيازة جديدة باسمهم .

---

[1] -المرسوم التنفيذي رقم ٢٥٤/٩١ المؤرخ في ٢٧ يوليو ١٩٩١ يحدد كيفيات إعداد شهادة الحيازة و تسليمها المحدثة بموجب القـانون رقـم ٢٥/٩٠ المتضمن التوجيه العقاري الجريدة الرسمية رقم ٣٦ .

[1] - راجع المرسوم التنفيذي رقم ٢٥٤/٩١ لا سيما المادة ٧ و ما يليها فيما يتعلق بإجراءات دراسة طلب شهادة الحيازة .

و السبب في ذلك أن القانون يشترط الحيازة الفعلية فإذا توفي الحائز انقطعت حيازته و لذلك لا يمكن أن تنتقل الشهادة بمجرد الوفاة، لأن الأصل في تسليمها هي الحيازة الفعلية، و عليه يجب على الورثة مباشرة الحيازة و تقديم طلب بتسليم شهادة حيازة باسمهم .

فإذا قلنا بانتقال الشهادة بمجرد الوفاة يكسب الورثة شهادة الحيازة في حين أن الحيازة الفعلية قد يقوم بها شخص آخر غير حائز للشهادة، و هو ما يتنافى مع الحكمة من تشريع شهادة الحيازة .

٢/ شهادة الحيازة غير قابلة للتصرف فيها : لا يجوز لصاحب شهادة الحيازة أن يقوم بالتنازل عنها سواء بمقابل كبيعها أو مجانا كالتبرع بها لأنه مجرد حائز و لا يملك حقوق المالك .

٣/ شهادة لا تغير في الوضعية القانونية للعقار : باستثناء منع نقل الملكية للغير بمقابل أو عن طريق التبرع، يحق لصاحب شهادة الحيازة أن يتصرف في العقار تصرف المالك الحقيقي ما لم يقرر القضاء المختص غير ذلك، و قد منح المشرع للحائز عدة حقوق بغرض تشجيع المواطنين في الحصول على شهادة الحيازة و من بين هذه الحقوق التي من شأنها الحد من البناء غير الشرعي نذكر :

ا/ الاحتجاج بالتقادم المكسب انطلاقا من التاريخ المذكور في شهادة الحيازة الذي يثبت بداية ممارسة الحيازة، حيث يمكن للحائز الاستناد عليه من أجل إثبات مضي مدة التقادم و طلب عقد الشهرة الذي يقوم مقام عقد الملكية، و بالتالي تسوية وضعية الأرض بصفة نهائية و هو ما يعزز استقرار الملكية العقارية و منه التقليل من التجاوزات .

ب/ يستطيع الحائز الحصول على رخصة البناء أو التجزئة رغم أن المشرع ربط حق البناء بملكية الأرض فنجد أن الحائز يعامل معاملة المالك، و هذا ما يؤدي إلى تقليص البناء دون رخصة .

و من أجل المضي نحو التصفية العقارية فقد منح القانون للحائز الذي تستوفي حيازته الشروط الآتي تعدادها إمكانية اللجوء إلى الموثق لطلب إعداد عقد شهرة يتضمن الاعتراف بالملكية و ذلك في حالة ما إذا :

- كانت الأرض محل طلب عقد الشهرة من أراضي الملكية الخاصة .
- أن تكون المنطقة التي يطالب فيها الحائز إعداد عقد الشهرة غير ممسوحة .

- استيفاء الحيازة لشروطها القانونية (الاستمرار، عدم الانقطاع، غير منازع فيها، علنية) .

- أن يكون طالب عقد الشهرة حائزا بمفهوم المادة ٨٢٧ مدني و مـا يليهـا أي يـستمر واضعا يده على الأرض مدة خمسة عشرة سنة .

و يعد عقد الشهرة سببا من أسباب كسب الملكية و يخول صاحبه حـق التـصرف فـي العقار، و إذا كانت شهادة الحيازة تمنح في أراضي الملكية الخاصة التي لم تحرر عقودها فإن عقد الشهرة يحرر في أراضي الملكية الخاصة التي لها عقود، و لهـذا الـسبب فقـد أثيرت إشكالية خضوع العقار المملوك بسند رسمي مشهر بالمحافظة العقارية إلى التقـادم المكسب؟.

انقسمت الآراء بخصوص هذه المسألة إلى اتجاهين :

الاتجاه الأول : يرى أنه لا يمكن لواضع اليد على عقار مهما طال أمد وضـع يده اكتسابه بالتقادم إذا كان مشهرا، لأن ذلك يتعارض مع مبدأ " القوة الثبوتيـة المطلقـة للشهر "، ذلك أن الملكية ثابتة هنا بالشهر أما الحيازة فلا تعدو أن تكون مجرد قرينة على الملكية، لذلك لا يمكن للموثق تحرير عقد شهرة على عقارات لها سندات ملكية مشهرة[1]

و هو ما تبنته الغرفة الإدارية للمحكمة العليا في قرارها بتـاريخ ١٩٩٨/٠٣/٠٩ الـذي جـاء فيه : " **لكن حيث و كما دفع به المستأنف عليه، فإن الإجراءات المنصوص عليها في المرسوم رقم ٣٥٢/٨٣** [1] **يستبعد تطبيقها أمام وجود سند رسمي مـشهر للعقـار موضوع النزاع بالمحافظة العقارية بقسنطينة في ١٨٩٨/٠٦/٠٣ .**

و حيث أن طبيعة الأرض كانت ملكا بدون سند و قد تنازلت الدولة آنذاك أي في سـنة ١٨٩٨ لفائدة الشاغلين لها .

و عليه فإن رفض إشهار عقد الشهرة من طرف المحافظة العقارية كان مؤسـسا، لأن المرسوم رقم ٣٥٢/٨٣ يرمي إلى تطهير الوضعية العقارية للأملاك التي لم تتم فيهـا

[1] - لمزيد من المعلومات راجع: شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، صداقي عمر، رسالة ماجـستير معهـد الحقـوق و العلـوم الإدارية، بن عكنون ١٩٨٤ .

[1] - مرسوم رقم ٣٥٢/٨٣ مؤرخ في ٢١ ماي ١٩٨٣ يتضمن إعداد عقد الشهرة الجريدة الرسمية العدد ٢١ .

بعد عمليات مسح الأرضي العام و تأسيس الـسجل العقـاري، و عليـه فـإن القـرار المستأنف قد أصاب فيما قضى "[2] .

الاتجاه الثـاني : يرى أن التقادم المكسب هو دلالة قاطعة على ثبوت الملكية ، فمتى أثبت المدعي أنه حاز العقار مدة خمسة عشرة سنة متواليـة و دون انقطـاع و أن حيازته استوفت جميع شروطها يصبح مالكا لهذا العقار بالتقادم المكسب و يحـتج بهـذه الملكية حتى على المالك الأصلي، و عليه يمكن أن ترد عقود الشهرة على عقارات لهـا سندات ملكية مشهرة .

و قد حضي هذا الرأي بتأييد بعض الفقهاء استنادا على الحجج التالية :

١/ إن المادة ٢ من المرسوم رقم ٣٥٢/٨٣ أوجبت في أحد فقراتها على طالب عقد الشهرة أن يقدم للموثق تصريحا شرفيا على أنه يمارس الحيازة طبقا للمواد ٨٢٧ مدني و ما يليها علما أن هذه المادة لا تفرق بين العقارات المشهرة سندات ملكيتهـا و العقـارات غيـر المشهرة سنداتها .

٢/ إن المرسوم المتضمن إعداد عقد الشهرة ليس له إلا وظيفة تقريرية تتمثل في إشـهار الحيازة و تمكين الحائز من الحصول على سند رسمي .

٣/ حدد المشرع في المادة ٦٨٩ مدني الأموال التـي لا يجوز اكتسابها بـالـتـقـادم المكسب و حصرها في أملاك الدولة [1] .

٤/ لو كان في نية المشرع استبعاد التقادم المكسب في العقارات التي لها سـندات ملكيـة مشهرة لنص صراحة على ذلك .

٥/ إن عدم الاعتداد بالتقادم المكسب في نظام الشهر العيني يقتضي إتمام عمليـة المـسح على المستوى الوطني، في حين مازال نظام الشهر الشخصي سائدا في المنـاطق غيـر الممسوحة .

و لو أن هذا الرأي هو المرجع لعدة اعتبارات قانونية كما ذكرنا أعـلاه، و لأن الحجـج المقدمة تتماشى مع الوضع القانوني الراهن، ذلك أن المشرع لا زال يعتد بالتقادم كـسبب

---

[2] - قرر رقم ١٢٩,٩٤٧ بتاريخ ٠٩/٠٣/١٩٩٨ غير منشور.

[1] - حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص ٤٢ .

من الأسباب لكسب الملكية العقارية بموجب المادة ٨٢٧ مدني، إلا أننا نرى أن اتخاذ نظام الشهر العيني المعتمد على مسح الأراضي و على شـهر العقـار بالمحافظـة العقاريـة يتعارض مع كسب الملكية بالتقادم، فمن بين الآثار التي يرتبها نظام الشهر العيني هو مبدأ القوة الثبوتية المطلقة للشهر، يعني ذلك أن القيد في السجل العيني هو قرينة قاطعة غيـر قابلة لإثبات العكس على ملكية المتصرف إليه للعقار، و بالتالي فإنـه لا مجـال لكـسب الملكية بالتقادم على حق ثابت قطعا، إذ بالشهر تتقرر بصفة قطعية حقوق المالك و فـتح المجال لكسب الملكية بالتقادم يؤدي إلى عدم استقرار الملكية العقارية، ذلـك أن عمليـة المسح العقاري تهدف إلى التصفية النهائية لحق الملكية فلا يمكن بعد القيام بهذه العمليـة السماح بانتقال الملكية بمجرد وضع اليد مدة معينة من الزمن، لأن ذلـك مـن شـأنه أن يزعزع الثقة في فعالية نظام الشهر العيني و بالتالي يشعر المواطنون بعدم جدوى شـهر عقودهم لأن هذه العملية لا توفر الحماية المطلقة لحقوقهم .

و بما أن نظام الشهر الشخصي لازال سائدا في المناطق غير الممسوحة، فإنه ينبغي على المشرع أن يخرج التقادم من أسباب كسب الملكية على العقارات المشهرة سنداتها، أي أن كل حق يشهر بالمحافظة العقارية لا يمكن اكتسابه بمضي المدة و ذلك في المناطق التـي شملتها عملية المسح العقاري أين يسود نظام الشهر العيني، حتى تستقيم الحلول القانونية و يكون الشهر هو الآداة الحقيقية لضمان الملكية و عدم الاعتداء عليها.

و قد تبنت العديد من الدول هذا الحل[1] مثل المشرع التونسي في المادة ٣٠٧ مـن مجلـة الحقوق العينية إذ جاء فيها " ليس لأحد أن يتمسك بالحوز مهما طالت مدته في العقـارات المسجلة "، و عليه يجب تعديل الأحكام المتعلقة بالتقادم و ذلك بإضافة فقرة تقضي بعـدم سريان التقادم على العقارات المشهرة سندات ملكيتها بالمحافظة العقارية .

و يلاحظ أنه في حالة تنازع عقد الشهرة و عقد الملكية فإن العبرة تكون بعقد الملكية، لأن حجيته أقوى من تلك التي يتمتع بها عقد الشهرة الذي يقوم في أساسه علـى تـصريحات الشهود التي يمكن إثبات عكسها باعتباره مجرد عقد تقريـري، أي أن الملكيـة اكتـسبت بالتقادم فعقد الشهرة لم ينشئ الملكية و إنما قررها، و هو ما جاء في قرار المحكمة العليا

---

[1] - و قد أخذت القوانين العربية لكل من مصر، سوريا، المغرب، ليبيا، العراق، الأردن بمبدإ عدم سريان التقادم المكسب في حق المالك المقيد في السجل العيني .

الصادر بتاريخ ٢٠٠٠/٠٣/٢٩ حيث ورد فيه :" **إن القرار المطعون فيه الذي قضى برفض دعوى الطاعن الرامية إلى إثبات ملكيته على الأرض المتنازع عليها بحجة أن ملكيتها تعود إلى البلدية، و لعدم ثبوت حيازته لها مستبعدا بذلك عقد الشهرة المتمسك به من طرف الطاعن، فإنه أصاب فيما قضى، لأن عقد الشهرة حجيته محدودة في تصريحات الشهود التي يمكن إثبات عكسها باعتباره عقدا تقريريا "[2] .**

نجد إذن أن كلا من شهادة الحيازة و عقد الشهرة يشتركان في كونهما أداتين للتطهير العقاري في المناطق التي لم تتم فيها بعد عملية مسح الأراضي، لأن هذه العملية تستغرق وقتا طويلا فكان من الضروري إيجاد حل بهدف الابتعاد عن الملكية غير المثبتة بسند و نسبة كل عقار إلى شخص معين، و عدم ترك عقارات دون مالك لأنها تكون عرضة للأطماع .

فالمشرع أراد بإنشاء شهادة الحيازة تسوية وضعية الأراضي التي ليس لها عقد ولو عرفي يثبت ملكيتها و نسبتها للحائز لها مدة سنة و هذا بهدف تدعيم حيازتها بسند، و هو ما يمكن من تحديد الملكية العقارية و أسباب وضع اليد عليها .

أما التقادم المكسب فالحكمة من تشريعه هو مجازاة المالك الذي يهمل عقاره مدة معينة دون أن يسعى إلى استرداده، و من ثم يكون عرضة للاستيلاء عليه من قبل أي شخص يقيم عليه ما يشاء من بناء، فنكون بذلك أمام بناء مقام على أرض الغير بسبب إهمال المالك لعقاره، و يقوم عقد الشهرة مقام عقد الملكية و يخول لصاحبه التصرف في العقار.

و سواء تعلق الأمر بشهادة الحيازة أو بعقد الشهرة، فإن المشرع يهدف في إطار الإستراتيجية الجديدة إلى تمكين كل شخص من الحصول على سند يبرر وضع يده على العقار، و يترتب على ذلك خضوع كل هذه العقارات إلى الأحكام القانونية السارية المفعول في مجال المعاملات العقارية وبالتالي تتقلص المخالفات .

لكن على الرغم من الإرادة الواضحة للمشرع في تدعيم كل ملكية بسند، إلا أن ما نلاحظه هو لجوء الأفراد إلى العقود العرفية في مجال نقل الملكية العقارية، و هو الأمر الذي يخلق عدة مشاكل و هو ما سنفصله في الفرع الموالي .

---

[2] - قرار رقم ١٩٠٥٤١ بتاريخ ٢٠٠٠/٠٣/٢٩ المجلة القضائية لسنة ٢٠٠٠ العدد الأول ص ١٥١ .

الفرع الرابع
بطلان العقود العرفية الناقلة للملكية العقارية

ترجع مشكلة البناء على أرض الغير في قسم كبير منها إلى اللجوء إلى إبـرام العقود العرفية، فبالرغم من أن موقف القانون صريح بشأن المعاملات العقارية التي تمت في إطار عقود عرفية، حيث تدعو الفقرة الثالثة من المادة ٨٩ من المرسوم رقـم ٦٣/٧٦ المؤرخ في ٢٥ مارس ١٩٧٦ المتعلق بتأسيس السجل العقاري إلى التمييز بين :

أولا : المعاملات التي تمت قبل ١ جانفي ١٩٧١ و المبرمـة بموجـب عقـود عرفية حيث تبقى صحيحة فيما بين المتعاقدين، لكن بشرط أن يكون لها تاريخ ثابت حتى تكون حجة على الغير[1] ففي هذه الحالة يتم التأكد من ثبوت السند العرفي قبل صـدور قانون التوثيق [2]، ثم يخضع العقد لعملية الإيداع الرسمية لدى الموثق ثم يعاد تـسجيله و من ثم إحالته على مصلحة الشهر العقاري التي تقوم بشهره .

أما العقود العرفية غير الثابتة التاريخ فيجب إحالتها على العدالة للبث فيها، فإذا تـم الحكم بثبوت تاريخها قبل صدور قانون التوثيق، فإن الحكم يضحى قائما محل العقد العرفـي و يجب شهره عملا بأحكام المادة ٨٨ من المرسوم رقم ٦٣/٧٦ المذكور أعلاه و بعد إتمـام عمليات الإيداع و التسجيل و الشهر يصبح أصلا للملكية .

ثانيا: أما بالنسبة للعقود العرفية المبرمة بعد صدور أمر ٩١/٧٠ فإن المادة ١٢ منه تنص على وجوب إخضاع عقود المعاملات العقارية للشكل الرسـمي تحـت طائلـة البطلان، أي أن كل المعاملات العقارية التي تمت بعقود عرفية بعد صدور الأمر المذكور باطلة بطلانا مطلقا.

لكن قرارات المحكمة العليا تضاربت في هذا الشأن فكانت تقضي أحيانا بصحة العقـود العرفية المبرمة بعد سنة ١٩٧١ و أحيانا أخرى كانت تقضي ببطلانها، و هو ما أدى إلى

---

[1] - راجع المادة ٣٢٨ من القانون المدني .

[2] - الأمر رقم ٩١/٧٠ المؤرخ في ١٥ ديسمبر ١٩٧٠ يتضمن تنظيم التوثيق الجريدة الرسمية العدد ١٠٧ .

تضارب أحكام الجهات الدنيا فمنها أيضا من كان يقضي ببطلان هذه العقود و منها مـن كان يحيل الأطراف على الموثق لإتمام الإجراءات[1] .

استمر الوضع على هذا الحال و كان هذا الاختلاف من بين الأسباب التي أدت إلى تدهور التعامل بالعقود الرسمية، إلى غاية صدور القرار المؤرخ في ١٨ فيفري ١٩٩٧[2] حيـث أصدرت الغرف المجتمعة للمحكمة العليا اجتهادا قضائيا قضت فيه ببطلان العقود العرفية المنصبة على المعاملات العقارية، و أنه لا يمكن للقاضي أن يـصححها بـالحكم علـى الأطراف بالتوجه إلى الموثق لإتمام الإجراءات و يتعين عليهم - أي القضاة - أن يأمروا بإرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرامه .

و بالرغم من استقرار موقف المحكمة العليا وفق ما يقضي به القانون، إلا أن الملاحظ هو استمرار لجوء الأفراد إلى إبرام العقود العرفية في مجال نقل الملكية العقارية و هو الأمر الذي أدى إلى تنامي ظاهرة البناءات الفوضوية .

هذا و لا يسمح العقد العرفي بالحصول على رخصة البناء، لأن المـادة ٥٠ مـن قـانون التهيئة و التعمير ربطت منح الرخصة بامتلاك العقار بموجب عقد رسمي مشهر، لذلك لا يقبل الأفراد على طلب الرخصة لأنهم لا يملكون سـندات قانونيـة وواضـح أن ربـط الحصول على رخصة البناء بعقد الملكية هدفه هو دفع المـواطنين إلـى إبـرام العقـود الرسمية، و التأكد من ملكية البـاني لـلأرض و بالتـالي الـقضاء على البناء على أرض الغير.

و طبقا لمبدأ الأثر الإضافي للشهر أو الشهر المسبق فإنه لا يمكن إشهار حق ينصب على عقار إلا إذا تم إشهار السند السابق للمتصرف عملا بالمادة ٨٨ من المرسوم رقـم ٧٦/٦٣ المتعلق بتأسيس السجل العقاري - مع استثناء القيد الأول عند المسح و العقـود العرفيـة المكتسبة التاريخ قبل فاتح جانفي ١٩٧١ - و نظرا لأن المعاملات العقاريـة العرفيـة لا يمكن أن تكون محل عقود رسمية لأنه يستحيل شهرها لانقطاع سلسلة الشهر العقـاري، لذلك لا يمكن أن تسوى وضعيتها إلا عن طريق تدخل المشرع أو بإعداد المـسح العـام للأراضي .

---

[1] - بن عيسى سعيدة ، العقد العرفي في بيع العقار، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة البليدة ٢٠٠١/٢٠٠٢ ص ٨٦ .

[2] - قرار رقم ١٣٦١٥٦ بتاريخ ١٩٩٧/٢/١٨ المجلة القضائية العدد الأول لسنة ١٩٩٧ ص ١٠ .

و قد استمر اللجوء إلى إبرام العقود العرفية عبر كل المراحل التشريعية إلى يومنا هذا، و نأخذ كعينة فترة دخول قانون الاحتياطات العقارية حيز التنفيذ بموجبه كانت البلدية هـي الهيئة الوحيدة المخولة لبيع و شراء الأراضي، هذه الوضعية جعلت الأفراد يلجئون إلـى عمليات شراء الأراضي خفية و بعقود عرفية مما خلق سوقا موازية حقيقية و طبعا فـإن البنايات المشيدة فوق هذه الأراضي هي بنايات غير قانونية سواء لعدم حصول أصـحابها على الرخصة، أو لأنها شيدت فوق أراض ملك للغير أمام صعوبة إثبات ملكيتها .

كل هذه الظروف و غياب السند المثبت للملكية أدت إلى كثرة الاعتداءات ذلك أنه لم يكن بحوزة المالك بعقد عرفي أي سند يثبت ملكيته، و لا يمكنه اللجوء إلى القضاء في حالـة الاعتداء على ملكيته لأنه سيقضي ببطلان العقد العرفي فقرار المحكمة العليا قـد حـسم الأمر بشأن العقود العرفية التي تعتبر باطلة بطلانا مطلقا .

إن كل ما رأيناه في هذا المطلب من محاولات لإصلاح أنظمة ملكية الأرضـي لا يمكـن الحكم عليها بالفشل لأنها حققت نصيبا من النجاح، و لا يكتمل هذا النجاح إلا إذا تعـزز بآليات لتوجيه و مراقبة استغلال الأراضي و هو ما سندرسه في المطلب الموالي .

المطلب الثاني

توجيه و مراقبة الأراضي العمرانية

يعد القانون رقم ٢٩/٩٠ المؤرخ في١ ديسمـبر ١٩٩٠ المتعلـق بالتهيئـة و

التعمير[١]هو الآداة القانونية التي تضبط و تحدد كيفيات استغلال الأراضي و ذلـك عـن طريق أدوات التهيئة و التعمير المتمثلة في المخطط التوجيهي للتهيئة و التعمير و مخطط شغـل الأراضي، كما يهدف أيضا إلى بسط الرقابة على استغلال الأراضي الـعمـرانية و ذلك من خلال تنظيم الرخص - رخصة البناء، التجزئة، و الهدم - و كذا إنشاء أجهزة مختصة في متابعة التزام الملاك بالقواعد المنصوص عليها .

و قبل أن نتطرق إلى وسائل المراقبة نتوقف فـي الفـرع الأول عنـد أدوات التهيئة و التعمير.

الفرع الأول
أدوات التوجيه الخاصة بالأراضي العمرانية

لقد تم التأكيد في قانون ٢٩/٩٠ على أن أدوات التهيئة و التعمير تحدد القواعد الأساسية لتهيئة الأراضي و تضبط توقعات التعمير و القواعد الواجب احترامها لتشييد البناءات، كما تحدد الشروط التي تسمح بترشيد استعمال المساحات للمحافظة على القطع الأرضية من الاستغلال الفوضوي، ووقاية النشاطات الفلاحية بمنع البناء على الأراضي الزراعية، و أيضا تعيين الأراضي المخصصة للنشاطات الاقتصادية ذات المنفعة العامة و تحدد شروط التهيئة و البناء للوقاية من الأخطار الطبيعية .

و نتناول الآن بالدراسة محتوى أدوات التهيئة و التعمير بالتركيز على الأهداف الأساسية للمخطط التوجيهي للتهيئة و التعمير و مخطط شغل الأراضي، ثم نتعرض إلى آثار أدوات التعمير على البناء على أرض الغير .

أولا : المخطط التوجيهي للتهيئة و التعمير و مخطط شغل الأراضي :

يعرف المخطط التوجيهي للتهيئة و التعمير على أنه آداة للتخطيط المجالي و التسيير الحضري، ظهر بموجب القانون رقم ٢٩/٩٠ المذكور و هو يحدد التوجيهات الأساسية للتهيئة العمرانية للبلدية أو البلديات المعنية، آخذا بعين الإعتبار تصاميم التهيئة و مخططات التنمية و يضبط الصيغ المرجعية لمخطط شغل الأراضي .

[1] - الجريدة الرسمية العدد ٥٢ .

و استنادا على هذا التعريف فإن مخطط التهيئة و التعمير يحدد :

١/ التخصيص العام للأراضي على مجموع تراب البلدية أو مجموعة من البلديات و هذا بتقسيم إقليمها إلى أربع قطاعات هي :

- القطاعات المعمرة .
- القطاعات المبرمجة للتعمير .
- قطاعات التعمير المستقبلية .
- قطاعات غير قابلة للتعمير .

٢/ توسيع المباني السكنية و تحديد مواقع التجهيزات الكبرى و الهياكل الأساسية و كذا تمركز المصالح و النشاطات .

٣/ مناطق التدخل في الأنسجة الحضرية و المناطق الواجب حمايتها .

و قد ترك المشرع تحديد إجراءات إعداد المخطط التوجيهي للتهيئة و التعمير و المصادقة عليه للتنظيم الذي تطرق بالتفصيل لهذا الموضوع[1] .

أما مخطط شغل الأراضي فيعرف على أنه المخطط الذي يحدد بالتفصيل قواعد استخدام الأراضي و البناء عليه وفقا لتوجيهات المخطط التوجيهي للتهيئة و التعمير، و لذلك يجب أن يكون مخطط شغل الأراضي متلائما مع أحكام المخطط التوجيهي و كذا البرنامج المعتمد للبلدية، وعليه فإن مخطط شغل الأراضي يحدد :

١/ بصفة مفصلة الشكل الحضري و كذا حقوق البناء و استعمال الأراضي لكل قطاع من القطاعات المحددة وفقا للمادة ١٩ من قانون ٢٩/٩٠ .

٢/ الكمية الدنيا و القصوى من البناء المسموح به و شروط شغل و استخدام الأراضي فيما يخص ارتفاع المباني، مظهرها الخارجي، وصول الشبكات إليها وغيرها .

٣/ يحدد مختلف المنشآت و التجهيزات العمومية و مواقعها و المنشآت ذات المصلحة العامة .

٤/ الأحياء و الشوارع و المواقع و المناطق الواجب حمايتها، تجديدها و إصلاحها .

٥/ مواقع الأراضي الفلاحية الواجب وقايتها و حمايتها .

و قد تم تحديد إجراءات إعداد مخطط شغل الأراضي بموجب المرسوم التنفيذي رقم ١٧٨/٩١ المؤرخ في ٢٨ ماي ١٩٩١[1] .

و إذا كانت كل بلدية ملزمة أن تغطى بمخطط شغل الأراضي و المخطط التوجيهي للتهيئة و التعمير، فإن ذلك يرجع لكون هذين المخططين يسمحان بوضع برامج للتهيئة العمرانية و يشكلان وسيلة من وسائل التخطيط لفترات معينة، و يمكنان من تحديد شروط شغل الأراضي و بالتالي التحكم بصفة فعالة في المخزون العقاري المتوفر الذي سمح هذين

---

[1] - المرسوم التنفيذي رقم ١٧٧/٩١ المؤرخ في ٢٨ ماي ١٩٩١ يحدد إجراءات إعداد المخطط التوجيهي للتهيئة و التعمير و المصادقة عليه الجريدة الرسمية العدد ٢٦ .

[1] - الجريدة الرسمية العدد ٢٦ .

المخططين بتحديده بدقة، و تنجر عن أدوات التعمير آثار هامة نركز فيهـا علـى تلـك المرتبطة بالبناء على أرض الغير فيما يلي :

ثانيا : آثار أدوات التعمير على البناء على أرض الغير :

إن أهم ما ينجر عن أدوات التعمير من آثار هو تقسيم الأراضي و تصنيفها، و عليه يـتم تقسيم الأراضي إلى قطاعات و يميز بين نوعين من القطاعات الأساسية :

أولا : الأراضي العامرة و الأراضي القابلة للتعمير :

و يشتمل على قطاعين أساسيين هما :

١/ القطاعات المعمرة : و هي تشمل كل الأراضي حتى و إن كانت غير مجهزة بجميـع التهيئات التي تشغلها بنايات مجتمعة و مساحات فاصلة ما بينها و مستحوذات التجهيزات و النشاطات و لو غير مبنية، كالمساحات الخضراء و غيرها الموجهة إلى خدمة البنايات المتجمعة، كما تشمل الأجزاء الواجب تجديدها إصلاحها و حمايتها .

٢/ القطاعات القابلة للتعمير : هي الأراضي المخصصة للتعمير وفقا للآجال المحددة في أدوات التهيئة و التعمير و يميز بين نوعين :

أ/ القطاعات المبـرمجة للتعمير : تشمل كل الأراضي المخصصة للتعمير على الأمدين القصير و المتوسط و اللذين لا يتعديان آفاق عشر سنوات .

ب/ قطاعات التعمير المستقبلية : هي كل الأراضي المخصصة للتعمير على المدى البعيد في آفاق عشرين سنة، و تخضع مؤقتا لإرتفاق عدم البناء عليها و يرفع هذا الحظر فـي الآجال المحددة أعلاه بالنسبة للأراضي التي تدخل في حيز تطبيق مخطط شغل الأراضي المصادق عليه .

غير أن الإرتفاق بعدم البناء لا يمس :

- تجديد و تعويض و توسيع المباني المتعلقة بالنشاط الفلاحي .
- البناءات اللازمة للتجهيزات الجماعية، و كذا إنجاز العمليات ذات المصلحة الوطنية .
- البناءات التي تبررها مصلحة البلدية و المرخص بها قانونا من طرف الوالـي و هـذا بطلب من رئيس المجلس الشعبي البلدي بعد أخذ رأي المجلس .

ثانيا : القطاعات غير القابلة للتعمير :

و هي تشمل كل الأراضي التي تكون حقوق البناء فوقها محددة بدقة و بنسب تتلاءم مع الاقتصاد العام لمناطق هذه القطاعات .

هذا و إن المعاملات العقارية المتعلقة بالأراضي العامرة أو القابلة للتعمير تكون حرة و لا تخضع إلى أي شرط ما عدا أهلية الأطراف المعنية و مشروعية موضوع الاتفاقية التي تبرم في شكل عقد رسمي، و بالتالي يمكن لكل شخص أن يبيع أو يشتري بكل حرية أراض عامرة أو قابلة للتعمير في إطار احترام أمر ٥٨/٧٥ المتضمن القانون المدني و القانون رقم ٢٥/٩٠ المتضمن التوجيه العقاري .

و يترتب على تصنيف أدوات التعمير للأراضي و تقييد بعضها بعدم القابلية للبناء، تحديد الأراضي العمرانية الموجودة في كل بلدية و شروط البناء عليها، و هو ما يؤدي إلى التحكم في العقارات الموجودة و الابتعاد عن استعمالها استعمالا لاعقلانيا، فالقطاعات القابلة للتعمير هي أراض مخصصة للتعمير لكن في آجال محددة، و هو ما يسمح بتنظيم المجال العمراني و ذلك بالتخطيط لفترات طويلة بهدف تجنب الاستغلال الفوضوي للأراضي، و يشكل ذلك نوعا من الحماية لهذه الأراضي و لذلك لا يمكن تشييد بناءات لاشرعية فوقها لأنه لا يمكن الاستيلاء عليها فهي تحضى بالحماية القانونية، و قد ساعد اعتماد المخططات على تحديد مالكي القطع الأرضية الموجودة على تراب البلدية و من ثم لا يمكن للغير الاستيلاء عليها بحجة عدم معرفة مالكها، و هو ما يساعد في القضاء على البناءات اللاشرعية .

و يمكن المخطط التوجيهي و مخطط شغل الأراضي من ضبط المخزون العقاري الموجود بحوزة البلديات، و يكون مخطط شغل الأراضي مخططا تفصيليا و كلما تم اعتماد الدقة و التفصيل في إعداد المخططات كلما كان التحكم في المخزون العقاري يسيرا و العكس صحيح .

و رغم الأثر الهام الذي يترتب على أدوات التعمير، إلا أن اعتماد هذه المخططات لم يقض على ظاهرة البناءات اللاشرعية، و يرجع ذلك أساسا إلى ضعف مستوى مشاركة السلطات المحلية في إعداد و تحضير المخطط، و هذا بسبب غياب دور فعال للمصالح التقنية في ميدان التعمير على مستوى البلديات، و كذا الضعف الذي يعاني منه التسيير الحضري عموما نجم عنه عدم وجود هذه المخططات في العديد من البلديات، و ما زاد

الوضع تفاقما هو انعدام الرقابة من قبل السلطات المركزية على إعداد هذه المخططات التي أوكلت مهمة إعدادها للبلديات .

كل هذا يظهر لنا فشل هذه المخططات في تحقيق الغاية المرجوة منها، و ما نشهده في الواقع من تعديات على الملكية سواء العامة أو الخاصة و فوضوية العمران بحيث استفحلت البناءات اللاشرعية بصورة غير معقولة، و مست الأراضي الزراعية و المناطق الأثرية التي يعمل المخطط على حمايتها، يؤكد بما لا يدع مجالا للشك أنه لا وجود لتنظيم عمراني محكم و هذا ناتج عن عدم احترام توجيهات التعمير .

لذلك كان لزاما على المشرع إعادة التفكير لإيجاد آليات لفرض الرقابة على استغلال الأراضي عن طريق تنظيم الرخص المتعلقة باستغلال الأراضي العمرانية .

الفرع الثاني

تنظيم الرخص المتعلقة باستغلال الأراضي العمرانية

في إطار ممارسة حق الرقابة المخول لها، تملك الإدارة سلطة فرض التزامات على الملاك يتعين عليهم احترامها من أجل الحفاظ على الاستغلال العقلاني للأراضي، و من أجل ذلك يلتزم المالك بطلب رخصة قبلية من السلطات المختصة من أجل تشييد بناء أو هدمه أو تجزئته و نكتفي بالتطرق إلى رخصة البناء و التجزئة أما رخصة الهدم فلن نتطرق لها لعدم ارتباطها بموضوعنا .

<u>أولا</u> : رخصة البناء :

هي عبارة عن ترخيص إداري يشترط من أجل تشييد أو إنجاز أي بناء جديد مهما كان نوعه، بما فيه تعديل في بناية يتعلق بالمظهر الخارجي أو لتمديد البنايات الموجودة [1] .

[1] - راجع المادتين ٥٣،٥٢ من القانون رقم ٢٩/٩٠ .

وقد ربطت المادة ٥٠ من قانون التهيئة و التعمير حق البناء بملكية الأرض، و بالتـالي لا يحق لأي كان أن يقوم بتشييد بناء دون رخصة تحت طائلة عدم شرعية البناء، و لأجـل ذلك يقدم صاحب الطلب ملفا يتضمن الوثائق التالية :

- نسخة من عقد الملكية أو نسخة من شهادة الحيازة .

- إذا لم يكن طالب الرخصة هو مالك الأرض فيجب أن يكون بحوزته توكيل صادر من هذا الأخير طبقا لأحكام القانون المدني .

- نسخة من العقد الإداري الذي ينص على تخصيص قطعة الأرض أو البناية [2] .

و يرسل طلب رخصة البناء إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية محل وجود قطعـة الأرض، و يبلغ المقرر المتضمن رخصة البناء إلى صاحب الطلب في غـضون ثلاثـة أشهر الموالية لتاريخ إيداع طلبه و ذلك عندما يكون إصدار رخصة البناء من اختصاص رئيس المجلس الشعبي البلدي باعتباره ممثلا للبلدية، و في غضون أربعة أشهر في حالة ما إذا كان رئيس المجلس الشعبي البلدي يتصرف باعتباره ممثلا للدولة أو إذا كان تسليم الرخصة من اختصاص الوالي أو الوزير المكلف بالتعمير .

و قد ترفض الإدارة منح رخصة البناء و يشترط المشرع أن يكون قرار الرفض مـسببا، إذ يمكن للمعني بالأمر أن يقدم طعنا سلميا أو أن يرفع دعوى للقضاء .

و قد يرجع الرفض إلى أسباب شكلية عادة ما يقوم صاحب الطلب باستدراكها أما الأسباب الموضوعية فهي واردة بالمرسوم التنفيذي رقم ١٧٥/٩١ الذي يحدد القواعد العامة للتهيئة و التعمير، و هي مرتبطة أساسا بكون البناء يمس بالسلامة و الأمن العمـوميين أو أنـه معرض للأخطار الطبيعية أو يتعارض مع مخططات التهيئة العمرانيـة و غيرهـا مـن الأسباب .

هذا و تملك الإدارة الحق في تـأجيل الـبث في طلب رخصة البناء لمدة لا تتجاوز سنة، و لم يتطرق المشرع إلى حالة سكوت الإدارة بعد انقضاء مدة السنة في حالة تأجيل البث، أو الأربعة أشهر في حالة عدم التأجيل أي عدم اتخاذ الإدارة موقفا بشأن تسليم أو رفـض

---

[2] - بالإضافة إلى مخططات و رسوم بيانية ترفق بالطلب واردة بالمادة ٣٥ من المرسوم التنفيذي رقم ١٧٦/٩١ المؤرخ في ٢٨ مـاي ١٩٩١ يحدد كيفيات تحضير شهادة التعمير و رخصة التجزئة و شهادة التقسيم و رخصة البناء و شهادة المطابقة و رخصة الهدم . الجريدة الرسـمية العدد ٢٦

تسليم رخصة البناء مما يدعونا إلى التساؤل : هل سكوت الإدارة يعني قبولا ضمنيا بتسليم الرخصة و بعبارة أخرى هل أخذ المشرع برخصة البناء الضمنية أم لم يأخذ بها ؟ .

في إطار الأمر رقم ٦٧/٧٥ المؤرخ في ٢٦ سبتمبر ١٩٧٥ المتعلـق برخـصة البنـاء و التجزئة [1] قضت المادة ٧ بأنه في حالة عدم اتخاذ قرار في الآجـال المحـددة تعتبـر رخصة البناء ممنوحة للطالب شريطة أن يكون القانون الخاص بالبناء و العمران محترما، أي أن المشرع أخذ هنا برخصة البناء الضمنية .

أيضا في القانون رقم ٠٢/٨٢ المؤرخ في ٦ فبراير ١٩٨٢ المتعلـق برخـصة البنـاء و رخصة تجزئة الأراضي للبناء [2] اعتبر سكوت الإدارة قرارا ضمنيا بموجب المـادة ١٤ التي تنص : " إذا لم يصدر قرار في الآجال المحددة تعتبر رخصة البناء مكتـسبة لمـن طلبها شريطة أن يراعى التنظيم المعمول به في مجال البناء و التعمير " .

و لدينا في هذا الصدد قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ ٨٣/٠١/٠٨ و مما جاء فيه : **" من المقرر أن السكوت الذي تلتزم به السلطات البلدية تجاه البث في تـسليم رخـص البناء يعد قرارا ضمنيا بالقبول، و أن الرخصة الضمنية المستخلصة من سكوت الإدارة تنتج نفس الآثار التي تنتجها الرخصة الصريحة، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هـذه المقتضيات يعد خطأ في تطبيق القانون"** [3] سواء في إطار الأحكام القانونية أو الأحكـام القضائية كان الموقف صريحا في الأخذ برخصة البناء الضمنية .

أما القانون رقم ٢٩/٩٠ المؤرخ في ١ ديسمبر ١٩٩٠ المتعلق بالتهيئة و التعمير و المرسوم التنفيذي رقم ١٧٦/٩١ المذكور أعلاه فلم يتطرقا لحالة سكوت الإدارة بعد فوات الميعاد، و لذلك كان لابد من الرجوع إلى الأحكام القضائية حتى يتبين لنا موقف القضاء مـن هـذه المسألة و قد جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ ٩٠/٠٢/١٠ ما يلي : **" مـن المقرر قانونا أن للإدارة الحق في تأجيل البث في طلب رخصة البناء لمدة لا تزيد عـن سنة، و من ثم فإن القرار الإداري المخالف لهذا المبدأ يعد مشوبا بعيـب الخطـأ فـي تطبيق القانون.**

[1] - الجريدة الرسمية العدد ٨٣ .

[2] - الجريدة الرسمية العدد ٦ .

[3] - قرار رقم ٣٢٥٧٣ بتاريخ ١٩٨٣/١/٨ المجلة القضائية العدد الرابع لسنة ١٩٨٩ ص ٢٠٦ .

و لما كان من الثابت في قضية الحال أن الإدارة لم تتخذ موقفا فيما يتعلق بطلب الطاعن المتعلق برخصة البناء رغم فوات المدة القانونية .

و متى كان كذلك استوجب إبطال القرار الإداري الضمني "[1] .

تقرر هنا إبطال القرار الإداري الضمني القاضي برفض تسليم رخصة البناء و ليس منح رخصة البناء الضمنية .

أيضا هناك قرار صادر في ١٩٩٠/٧/٢٨ يؤكد عدم اعتداد المشرع برخصة البناء الضمنية جاء فيه " **من المقرر قانونا أن دراسة الملف الكامل لطلب رخصة البناء تتم في أربعة أشهر على الأكثر إبتداءا من التاريخ الذي تتسلم فيه الإدارة المعنية الملف المذكور، و تعطي هذه الأخيرة لصاحب الطلب وصلا بذلك و تمنح رخصة البناء أو ترفض صراحة خلال المهلة المحددة أعلاه .**

و من ثم فإن رسالة الوالي المتضمنة الرفض لأسباب غير ثابتة بعد مضي الفترة المحددة قانونا يعد تجاوزا للسلطة،و متى كان كذلك استوجب إبطال مقرر الرفض " .[2]

يستخلص أن المشرع لم يأخذ برخصة البناء الضمنية لأنه لو أخذ بها لترتب على انقضاء الميعاد دون بث الإدارة في المسألة منح رخصة البناء لطالبها كما كان عليه الوضع في القوانين السابقة، و أمام سكوت النص القانوني و استخلاص عدم اعتداد المشرع برخصة البناء الضمنية من خلال الأحكام القضائية، ينبغي هنا العمل بالمبدإ الإداري الذي يقضي بأن سكوت الإدارة يعني الرفض .

نشير هنا أن القانون الفرنسي أخذ برخصة البناء الضمنية في حالتين : عندما لا يرسل أي قرار لطالب الرخصة خلال الميعاد المحدد في التبليغ أو في حالة غياب التبليغ في أجل شهرين من الإعذار الذي يوجهه طالب الرخصة .

بل أكثر من ذلك فإن المحكمة الإدارية في نيس قررت بغرفها المجتمعة[1] في ٢ أفريل ١٩٩٩ أن الإدارة لا يمكنها سحب رخصة البناء الضمنية بعد انقضاء ميعاد محدد بشهرين

---

[1] - قرار رقم ٦٢٠٤٠ بتاريخ ٩٠/٢/١٠ المجلة القضائية العدد الثالث لسنة ١٩٩٠ ص ١٨١.

[2] - قرار رقم ٦٨٢٤٠ بتاريخ ٩٠/٧/٢٨ المجلة القضائية العدد الأول لسنة ١٩٩٢ ص ١٥٣ .

[1] - Jean - Luc MAILLOT. Hésitations et controverses autour du permis de construire tacite, Petites affiches, 31 Juillet 2000 N° 151.

اللاحقة لتسليم الرخصة حتى و لو كانت هذه الأخيرة مشوبة بعدم الشرعية و ذلك بغرض التوفيق بين مبدأ الشرعية و مبدأ الأمن القانوني بهدف استقرار الحقوق المكتسبة .

و كان يحسن بالمشرع الجزائري أن يجد حلا يعالج به الوضع القائم مثلما كان عليه الحال في أمر ٦٧/٧٥ و في قانون ٠٢/٨٢ أين كان موقف المشرع واضحا في الأخذ برخـصة البناء الضمنية، عكس ما هو عليه الأمر في قانون ٢٩/٩٠ أين نجد موقف المشرع غامضا فلا هو أخذ برخصة البناء الضمنية و لا هو رفض الأخذ بها بل اكتفى بالسكوت عن هذا الأمر تاركا المجال للقضاء، و قد تبين من خلال الأحكام القضائية المشار إليها أعـلاه أن هذا الأخير يرفض الأخذ برخصة البناء الضمنية .

ونلاحظ أنه من غير المعقول أن ينتظر طالب الرخصة مدة أربعة أشهر أو مدة سنة فـي حالة تأجيل البث دون أن يصدر أي قرار عن الإدارة، بل أكثر من ذلك يعتبـر سـكوتها رفضا لمنح الرخصة، لذلك فإن إقرار الرخصة الضمنية من شأنه أن يحث الإدارة علـى القيام بالتزامها في الميعاد المحدد و البث في الطلبات المقدمة إليها لأن سـكوتها يترتـب عليه جزاء هو منح رخصة البناء لطالبها .

إن طريقة فرض رخصة البناء كوسيلة للرقابة على ملكية طالب الرخصة للأرض قاعـدة البناء من جهة و كذا مراقبة مدى احترام البناء لقواعد التعمير و مقاييس البناء من جهـة أخرى، بقي محصورا في نطاق ضيق يكفي فقط أن نشير أنه في إحصائيات لسنة ٢٠٠٢ فيما يخص الجزائر العاصمة لوحدها نجد ٣٥٠٠ مخالفة لقواعد التعميـر، منهـا ٣٠٠٠ ناتجة عن عدم الحصول على رخصة بناء[2] و هو رقم ضخم يعكـس مـدى عـزوف المواطنين على طلب الرخصة بالرغم من اعتبار المشرع أي بناء يقام دون رخصة بناءا لاشرعيا يقضى بهدمه، إلا أن هذا الأمر لم يشكل وسيلة ردعية كافية و السبب الرئيـسي في عدم الحصول على الرخصة هو عدم ملكية البـانين لـلأرض، لأن المـشرع جعـل الحصول على الرخصة مرتبط بملكية الأرض و من ثم يشيد هؤلاء بنايات دون الحصول على الرخصة، و لذلك انتشرت البناءات اللاشرعية التي لا تحترم فيهـا أدنـى مقـاييس

[2]- Le Quotidien « EL WATAN » Dimanche 27 Avril 2003 .

التعمير و البناء كما انتشرت البنايات على أرض الغير لأن مجرد الاستيلاء على الأرض يسمح للبانين بمباشرة البناء دون حاجة إلى طلب الرخصة .

و لا تعتبر رخصة البناء هي الرخصة الوحيدة التي يشترطهـا المشـرع لـمن يـريـد تشييـد بناء، فإذا كانت الأرض المراد تشييد البناء فوقها غير مجزأة فقد اشترط المشرع قبل مباشرة البناء عليها ضرورة الحصول على رخصة التجزئة التي نتناولها فيما يلي .

ثانيا : رخصة التجزئة :

لقد نص المشرع على أن كل عملية تقسيم لقطعتين أو عدة قطع في ملكية عقارية واحـدة أو عدة ملكيات عقارية مهما كان موقعها يخضع لتـرخيص مـسبق يعـرف برخـصة التجزئة[1] .

و عملا بالمادة ٦/٢٣ من المرسوم التنفيذي رقم ١٧٦/٩١ يجب إشهار رخـصة التجزئـة بالمحافظة العقارية، و ذلك لأن رخصة التجزئة لها أثر قانوني يتمثل في إنهـاء الوحـدة العقارية الأصلية و إنشاء وحدات عقارية جديدة .

و يخول القرار المتضمن رخصة التجزئة لصاحبه الحق في التجزئة دون التـصريح لـه بالوجود الفعلي للوحدات العقارية الجديدة الناجمة عن عملية التقـسيم، و يبقـى الوجـود المادي لهذه الوحدات مرتبط بإنجاز أشغال التهيئة في أجل محدد بـثلاث سـنوات و إلا سقطت رخصة التجزئة إذا لم تنجز الأشغال و هذا حتى يتم التأكد من قيام طالب الرخصة بالتجزئة الفعلية لعقاره،و بالتالي بسط الرقابة على استغلال و انتقال ملكية العقار المجزئ الذي أصبح يشكل وحدة عقارية منفصلة عن الوحدة الأصلية، و هو الأمر الـذي يـساعد على تقليص المخالفات المرتكبة في ميدان البناء وحتى لا تتخذ التجزئة كذريعة للتهـرب من الأحكام القانونية الواجب احترامها ممن يعتزم تشييد بناء، و لذلك اشترط المـشرع شهر رخصة التجزئة بالمحافظة العقارية.

و تبعا لذلك فقد علقت المادة ٢٥ من المرسوم التنفيذي رقم ١٧٦/٩١ عمليات بيع أو إيجار القطع الأرضية المتضمنة في التجزئة على تسليم السلطة المصدرة لرخصة التجزئة شهادة تصرح بتنفيذ الأشغال .

---

[1] - قد يثار خلط بين رخصة التجزئة و شهادة التقسيم و الفرق بينهما هو أن هذه الأخيرة موضوعها عقار مبني بينما رخصة التجزئة تنـصب على أرض عارية و تكون القطع الأرضية الناتجة عن التقسيم من شأنها أن تستعمل في تشييد بناية .

الفرع الثالث
مراقبة تغيير وجهة الأراضي الفلاحية و البناء عليها

نتيجة للطلبات المتزايدة على قطاع التعمير عرفت الأراضي الفلاحية ضغطا كبيرا و لم تسلم من البناء عليها، مما أدى بالمشرع إلى إقرار نظام مراقبة صارم فيما يتعلق بتحويل الأراضي الفلاحية و البناء عليها .
و يظهر من خلال قانون ٢٥/٩٠ المتعلق بالتوجيه العقاري أن المشرع يأخذ طبيعة التربة كمعيار لتحديد الإجراءات القانونية للتحويل ولذلك يميز بين :

أولا : تحويل الأراضي الخصبة أو الخصبة جدا :

لما كانت الأراضي الخصبة أو الخصبة جدا هي أهم الأراضي الزراعية فإن المشرع اشترط لتحويلها إلى أراض قابلة للبناء إستصدار نص تشريعي يحدد قطعة الأرض المعنية بالعملية، و كذا القيود المالية و التقنية التي يجب أن ترافق العملية و التعويض الواجب دفعه عن نقص القيمة، و بذلك يكون المشرع قد أحاط هذا النوع من الأراضي بالحماية بغرض المحافظة على طابعها الفلاحي .

ثانيا: بالنسبة للأصناف الأخرى :

تتكفل النصوص التنظيمية بتحديد إجراءات التحويل بالنسبة للأراضي الفلاحية الواقعة خارج صنف الأراضي الخصبة أو الخصبة جدا، و قد قيد قانون التوجيه العقاري من حق البناء فوق هذه الأراضي و ذلك بأن يكون الهدف من كل إنجاز يتم فوق الأراضي الفلاحية هو رفع الطاقات الإنتاجية للمستثمرة القائمة عليها، أي خدمة لأهداف فلاحية كما يخضع حق البناء لاستصدار رخصة مسبقة و صريحة من الإدارة [1] .
و قد حدد القرار الوزاري بموجب المادتين الثالثة و الخامسة منه مساحات القطع الأرضية التي يمكن البناء عليها و التي لا يجوز تجاوزها، و يعتبر المشرع أن أي نقل للملكية سواء عن طريق الإرث البيع أو الهبة لا يولد حقوق بناء جديدة إذا كان صاحب الحق

[1] - تكفل التنظيم بتحديد شروط و أشكال هذه الرخصة بالقرار الوزاري المشترك بتاريخ ١٣ سبتمبر ١٩٩٢ المتعلق بحقوق البناء المطبقة على الأراضي الواقعة خارج المناطق العمرانية للبلديات الجريدة الرسمية العدد ٨٦ .

الأصلي قد استعمل كل المساحات القابلة للبناء، فالمشرع لم يأخذ بعين الإعتبار تغير شخص المالك بقدر ما تشدد في الجزأ من القطعة الأرضية المسموح بالبناء فوقه، و هو حد لا يمكن تجاوزه إذا استنفذه المالك الأول كله فلا يملك المالك الثاني حق البناء على القطعة الأرضية، لأنه لو سمح لكل مالك جديد بإقتطاع جزأ من القطعة الأرضية للبناء عليها فإنه بتعدد المالكين تفقد الأرض طابعها الفلاحي .

و رغم صرامة هذه القوانين في فحواها إلا أن تطبيقها لا يعرف ذات الحزم، فالسلطات العمومية كثيرا ما كانت تتغاضى عن التجاوزات المرتكبة على الأراضي الفلاحية مما أدى إلى إتلاف العديد من الأراضي الصالحة للزراعة، بحيث توسع العمران زاحفا على الأراضي الزراعية و السهول الخصبة و قد انخفضت المساحة الزراعية بأكثر من ستين في المئة و هذا منذ الإستقلال و في نفس المرحلة تم تسجيل الإستيلاء على مساحة تزيد عن ١٥٠,٠٠٠ هكتار من الأراضي الزراعية في المناطق التلية و تخصيصها لصالح قطاع البناء .

إن التعدي على الأراضي الفلاحية لم يشمل فقط تجاوز الحد من القطعة الأرضية المسموح بالبناء فوقها و إنما تعدى ذلك إلى الإستيلاء على قسم هام من الأراضي الزراعية، فغير الفلاحين و أمام أزمة السكن بنوا على الأراضي الفلاحية و استولوا عليها و هو ما يبرر انخفاض نسبتها، و يرجع السبب في استفحال التعدي إلى نقص الرقابة من قبل الهيئات المختصة، فلا يكفي إصدار نصوص قانونية بل يجب السهر على ضمان تطبيقها و إقرار عقوبات ردعية لمنع وقوع المخالفات و في حالة وقوعها مجازاة المخالفين .

إن البناء على الأراضي الفلاحية هي بنايات أقيمت على أرض الغير وترتب عليها إتلاف كبير للأراضي الزراعية، و لما كان القانون يمنع البناء على هذا النوع من الأراضي فإن البنايات المشيدة فوقها لا تقبل وضعيتها التسوية و عليه يجب هدمها و هذا حتى لو كانت هذه البنايات مطابقة لقواعد التعمير و مقاييس البناء .

إن التدهور الخطير الذي لحق بالأراضي الفلاحية أثبت فشل السياسة المنتهجة و يرجع هذا الفشل أساسا إلى عدم تطبيق النصوص القانونية على كثرتها و مسايرتها للتطور

الحاصل في الميدان العقاري، و هو الأمر الذي حتم إيجـاد هيئـة لمراقبـة المخالفـات المرتكبة و العمل على تقليصها .

الفرع الرابع
شرطة العمران

شرطة العمران هي شرطة قضائية تم إستحداثها في إطار الإصلاحات الجديدة بموجب المرسوم التشريعي رقم ٠٧/٩٤ المؤرخ في ١٨ مـاي ١٩٩٤ المتعلـق بـشروط الإنتاج المعماري و ممارسة مهنة المهندس المعماري[1] .

و قد منحت لشرطة التعمير سلطة توقيع العقوبات على المخالفين، ففي حالة عدم إستجابة صاحب المشروع للأمر بالتوقف عن الأشغال فإن للشرطة صلاحية تكليف من يقوم بهدم القسم من الأشغال موضوع الأمر بالتوقف، و ذلك دون اللجوء إلى القضاء و هذا من أجل تخفيف العبء عليه .

و قد حددت مجموعة من المخالفات يعاقب مرتكبها بعقوبات مالية و هي مخالفات تجعـل من البناء بناءا لاشرعيا، و من بين هذه المخالفات :

- تشييد بناء دون رخصة .
- تشييد بناية لا تطابق مواصفات رخصة البناء .
- عدم القيام بإجراءات التصريح و الإشهار .

كما أن لشرطة التعمير صلاحية إعداد المحاضر في حالة وقوع المخالفـات، و نجـد أن محضر معاينة مخالفة التشريع و التنظيم في ميدان الهندسة المعمارية تضمن مجموعة من المخالفات من بينها تشييد بناء على أرض ملك للغير و تشييد بناء دون رخصة و غيرهـا من المخالفات التي تسلط عليها عقوبات مالية يتم تحديدها في المحضر .

و لقد صدر المرسوم التنفيذي رقم ٣١٨/٩٥ المؤرخ في ١٤ أكتوبر ١٩٩٥ يحدد شروط تعيـين الأعوان الموظفين المـؤهلين لتـقصي مـخالفات التشريع و التنظيم و معاينتها في ميدان الهندسة المعمارية و التعمير[1] و يعين هؤولاء الأعوان من بين :

---

[1] - الجريدة الرسمية العدد ٣٢ .

- المفتشون في التعمير .

- مهندسو الدولة و المهندسون المعماريون الذين لهم خبرة سنتين على الأقل في ميـدان التعمير .

- مهندسو التطبيق الذين لهم خبرة ثلاث سنوات على الأقل في ميدان التعمير .

- المتصرفون الإداريون الذين لهم خبرة أربع سنوات على الأقل في ميدان التعمير .

- التقنيون السامون و التقنيون الذين لهم تباعا خبرة أربع سنوات و خمس سنوات علـى الأقل في ميدان التعمير .

تعمل شرطة العمران بصورة عامة على إلزام المواطن باحترام القواعد القانونية السارية المفعول في مجال البناء و التعمير و محاربة كل أشكال البناءات اللاشرعية .

لكن من بين النقاط السلبية التي تلاحظ على المرسوم التشريعي رقم ٠٧/٩٤ هو العقوبات المالية الزهيدة التي يلزم بها المخالف، يكفي أن نشير إلى أن الاستيلاء على ملكية الغيـر عقوبته المالية ٨٠٠ دج كما أن تشييد بناء دون رخصة على أرض تابعة للملكية الخاصة عقوبته ١٠٠٠ دج و هو مبلغ قليل بالمقارنة مع جسامة المخالفة، و هو الأمر الذي أضعف من قدرة شرطة العمران على معاقبة المخالفين و حال دون أن تـشكل هـذه الهيئـة أداة ردعية حقيقية في وجه المخالفين ولذلك استمر عدد المخالفات في الارتفاع، و حتى فـي حالة فرض عقوبات مالية فإن أغلبها لم يسدد و لم توقع أي متابعة و من هنا برز الـدور الضعيف الذي تلعبه هذه الأجهزة في مراقبة البنايات مما ساهم في توسع انتشار البنايـات اللاشرعية .

---

[1] - الجريدة الرسمية العدد ٦١ .

خلاصة الفصل الثاني

نستخلص مما سبق شرحه في المبحثين السابقين بأن قصور الأحكام الـواردة في القانون المدني عن معالجة مشكل البناء على أرض الغير هو الأمر الذي دفع المشرع إلى إصدار عدة نصوص قانونية خاصة، و في إطار دراستنا لهذه النصوص إنطلقنا مـن قانون الإحتياطات العقارية الصادر بموجب الأمر رقم ٢٦/٧٤ و قد رأينا أنه في ظل هذا القانون احتكرت الدولة السوق العقارية، فخولت لها صلاحية شراء و بيع الأراضي و من ثم لم يكن الأفراد يملكون الحق في بيع و شراء القطع الأرضية، و كان هذا الأمـر هـو السبب في ظهور المعاملات العقارية غير القانونية و بروز البيع بعقود عرفية، فكان شغل المواطنين هو الحصول على قطعة أرض و لو بطريقة غير شرعية، و استتبع ذلك إقامة بناءات لاشرعية فوق هذه الأراضي لذلك يعد قانون الإحتياطات العقارية من بين الأسباب التي ساعدت على انتشار البناءات غير الشرعية و خاصـة البنـاء علـى أرض الغيـر بإستيلاء المواطنين على الأراضي و خصوصا منها تلك المشمولة بإرتفاق عدم البناء .

و لما كان الإختلال بين الواقع و القانون كبيرا بسبب كثرة المخالفات كان من الضروري إيجاد حل لإعادة الإنسجام و تجنب الهدم، فجاء الإعتراف لأول مرة بالبناءات اللاشرعية في قانون ٠١/٨٥ و كان مما جاء في هذا القانون و المراسيم التي تلته إقرار التسوية، فأقر التسوية بالنسبة للبناءات المشيدة فوق أراض عمومية شريطة أن لا تكون تابعة للأمـلاك العمومية أو لمزارع فلاحية عمومية، و يتضح أن الأملاك العمومية و المزارع الفلاحيـة العمومية لا يمكن أن تكون محل ملكية خاصة و تكون طريقة إستغلالها جماعية، و لذلك فإن البنايات المشيدة فوق هذه الأراضي لا تقبل وضعيتها التسوية و يقضى بهدمها .

أما البنايات غير المقامة على الأراضي المذكورة أعلاه فقد ميز المشرع بين إقامة البنايات برخصة، و هنا يعتبر الباني حسن النية و تسوى وضعية البناية مقابل تعـويض يـساوي قيمة القطعة الأرضية .

أما إذا لم يكن الباني حائزا على الرخصة يعتبر سيء النية، و يلزم بدفع سـعر القطعـة الأرضية مضافا إليه تعويض جزاءا على سوء نيته و تعديه على ملك غيره .

و من جملة البنايات التي تقبل وضعيتها التسوية أيضـا هـي البنايـات المشـيدة فـوق أراض ملك للخواص، فهناك حالات يكون فيها الباني هو صاحب الأرض و العيب الوحيد هو أن البناء شيد دون رخصة فما عليه إلا أن يبادر إلـى تـصحيح وضـعيته و طلـب الرخصة .

و هناك بنايات شيدت فوق أراض يملكها الخواص و لكن عيبها هو أنها كانت محل صفقة غير مشروعة، أي تم نقل ملكيتها خرقا للقواعد القانونية السارية في مجال نقل الملكية .

و هنا تدمج الأرض التي كانت محل صفقة غير مشروعة في الأملاك الخاصـة للبلديـة دون دفع تعويض لمالكها جزاءا على إقدامه على مخالفة الأحكام القانونية ثم تتنازل عنها لصالح الحائز لها بعد دفع قيمتها مرة أخرى .

و لتسوية وضعية البنايات المذكورة أعلاه لا بد من توفرها على مقاييس البناء و قواعـد التعمير و هذا بهدف القضاء على الأحياء القصديرية .

غير أنه بالرغم من إقرار التسوية فإن مشكل البناءات غير الشرعية لم يجـد حـلا، لأن المعنيين بالتسوية لم يجدوا فائدة فيها بسبب معاقبة طالب التسوية و إلزامه بتـسديد ثمـن القطعة الأرضية من جديد للبلدية، و لذلك بقي القطاع العقاري يتخبط في مشكل البنـاءات اللاشرعية، مما جعل المشرع يلجأ إلى تبني إستراتيجية جديدة تهدف دائما إلى الحد مـن البناء على أرض الغير .

تم الإنطلاق في إطار الإستراتيجية الجديدة في سلسلة من الإصلاحات بدءا بإلغاء قـانون الإحتياطات العقارية بموجب قانون التوجيه العقاري رقم ٢٥/٩٠ فألغي معـه الإحتكـار الممارس من قبل الدولة على السوق العقارية، و تم إتخاذ نظام إقتصاد الـسوق المعتمـد على قانون العرض و الطلب، و لما كان تطبيق قانون الإحتياطات العقارية قد أفرز عـدة نتائج سلبية كان لزاما في إطار الإصلاح تسوية وضعية أراضي البناء الممنوحة في ظل هذا القانون و هي الأراضي التي لم يكن بحوزة مالكيها سندات قانونية تثبت ملكيتهم، فإذا كانت عملية الدمج في مرحلة متقدمة تدمج الأرض نهائيا في الإحتياطات العقاريـة، أمـا الأراضي التي لم تكن محل إجراء للدمج تحرر لأصحابها عقود ملكية قانونية .

بعد إصلاح الأوضاع الموروثة عن تطبيق أمر ٢٦/٧٤ كان من الضروري إعادة بعث و تنشيط عملية مسح الأراضي العام بإعتبارها العمود الفقري في أي إصلاح عقاري حقيقي.

إن عملية مسح الأراضي تـمكن من ضبط الملكية العقارية و تحدد الأراضي و مالكيها، و تمكن من حصول كل مالك على سند رسـمي يثـبت ملكيتـه، و إذا تحقـق ذلـك تقـل المخـالفات و منها البناءات غير الشـرعية، لأن كل مالك سيسعى إلى إحـترام القواعـد القانونيـة في مجال البناء و التعمير.

و بما أن عملية مسح الأراضي لم تنته بعد إستحدث المشرع بموجب المادة ٣٩ من قانون التوجيه العقاري شهادة الحيازة، و هي تمنح للأشخاص الذين يحوزون أراض لمدة سـنة على الأقل في مناطق لم تشملها بعد عملية المسح، و هذا بهدف تدعيم كل ملكيـة بـسند قانوني ريثما تقوم الجهات المعنية بعملية المسح في هذه المنـاطق و بالتـالي التـصفية النهائية لهذه الأراضي .

و دائما من أجل المضي نحو التصفية العقارية لحق الملكية منح القانون للحائز لمدة خمسة عشرة سنة الحق في الحصول على عقد الشهرة الذي يقوم مقام عقد الملكية .

و يهدف المشرع بكل من شهادة الحيازة و عقد الشهرة إلى الإبتعاد عـن الملكيـة غيـر المتبثة بسند، لكن الملاحظ هو إستمرار لجوء الأفراد إلى إبرام العقود العرفية فـي نقـل الملكية العقارية، و قد اعتبر المشرع هذه العقود باطلة بطلانا مطلقا و من ثم فإن البنـاء المقام على هذه الأراضي هو بناء لاشـرعي، حيـث أن أصـحاب العقـود العرفيـة لا يستطيعون الحصول على رخصة البناء لأنها لا تـسلم إلا لأصـحاب العقـود الرسـمية المشهرة، و هذا الأمر ساهم في إنتشار البناء على أرض الغير لغياب العقد المتبث للملكية بحوزة المالك و من ثم يسهل الإعتداء على ملكيته بالبناء عليها .

و بهدف تعزيز محاولات الإصلاح كان لا بد من إعتمـاد المخططـات، و قـد تناولنـا بالدراسة المخطط التوجيهي للتهيئة و التعمير و مخطط شغل الأراضي و يمكـن هـذان المخططان من تحديد المخزون العقاري الموجود بحوزة البلديات، غيـر أن العديـد مـن البلديات أهملت إعداد هذه المخططات مما انجر عنه غيابها بمعظم البلديات .

و من آليات الرقابة على إستغلال الأراضي العمرانية إشترط المشرع ضرورة حـصول أي شخص يعتزم تشييد بناء على رخصة قبلية هي رخصة البناء، و لا تسلم الرخصة إلا لمن يملك الأرض بموجب عقد رسمي مشهر حتى يتم القضاء على البناءات المقامة على أرض الغير .

إن البناء اللاشرعي يخلق تعدد النزاعات يختلف أساسها و عليه يكون النزاع إما قضائيا و إما إداريا .

هذا و إن النزاع القضائي بدوره يكون إما مدنيا وإما جنائيا، و النزاع المدني هدفه هو إصلاح الضرر الذي حصل للغير أما النزاع الجنائي هدفه هو توقيف و منع التعدي على المصلحة العامة و النظام العام، أما النزاع الإداري فيمكن بموجبه إبطال رخصة البناء و إقرار مسؤولية الإدارة في حالة إرتكابها خطأ [1] .

ويمكن هذا التعدد في النزاعات من وضع نظام عقاب كفيل بمنع المخالفات .

و لما كان النزاع حول رخصة البناء يباشر أمام القاضي الإداري فإن هذا الأخير ليس من صلاحياته الفصل في المسائل المدنية في حالة إثارتها، ففي قرار صادر عن مجلس الدولة الفرنسي في ١٨ مارس ١٩٨٣ أثيرت قضية سيدة تجاوز جارها الحدود الفاصلة بين ملكيتهما و أقام بناءا على جزأ من أرضها دون الحصول على رخصة البناء، و حصل فيما بعد على رخصة التسوية، فرفعت دعوى إدارية تطلب فيها بطلان رخصة البناء فرفض طلبها على إعتبار أنه لا يمكن للإدارة أن ترفض منح رخصة البناء أو أن تسحبها لأنها لا تملك أي سبب لذلك، و يكون رفض منح الرخصة غير شرعي إذا إستند على خرق طالبها لحق الإرتفاق، و بصفة عامة كل أحكام القانون الخاص مستبعدة من ميدان تطبيق رخصة البناء ويتعين على المعتدى عليه أن يباشر دعواه أمام القاضي المدني[2] .

إن هذا الأمر يعرقل القضية و يمكن المعتدي من إتمام البناء لذلك يجب على القاضي الإداري أن يرفض إضفاء الشرعية على الرخصة في حالة حصول الإعتداء على ملكية الغير .

كل هذه النتائج السلبية في معظمها حتمت خلق جهاز لمراقبة البناء و تقصي المخالفات و هي شرطة العمران، التي منحت لها صلاحيات واسعة حتى تتمكن من تأدية مهامها على أحسن وجه، غير أن هذه الهيئة هي الأخرى لم تكن قادرة على الحد من البناءات غير

---

[1]- RAKOTOVAHINY Marie - Andrée . La construction illégale : bref état des lieux , Petites affiches, 3 Aout 2000 , N° 154 .

[2]- Jacqueline MORAND- DEVILLER , Permis de construire et régles de droit privé, Revue de droit immobilier ,Juillet- Septembre 1983 ;p 293.

الشرعية بدليل إستمرار تشييد هذه البنايات .

غير أن هذا الهدف لم يتحقق بسبب إقدام المواطنين على تشييد بنايات دون الحصول على الرخصة، مما نتج عنه ظهور نزاعات بشأن بنايات أقيمت على أرض ملك للغير سـواء كانت ملكيتها عامة أو خاصة و أيضا إنتشار البنايات الفوضـوية التـي لا تطـابق مواصفات البناء، ووصل الأمر إلى حد الإعتداء على الأراضي الفلاحية و البناء عليهـا بالرغم من إقرار المشرع نظام مراقبة صارم بشأن تحويل الأراضي الفلاحيـة و البنـاء عليها، إلا أنه أمام الضغط الكبير على قطاع التعمير لم تسلم الأراضـي الفلاحيـة مـن الإستيلاء عليها بغرض إقامة بنايات .

إن الإستراتيجية الجديدة المنتهجة للحد من البناء على أرض الغير بقيت هـي الأخـرى قاصرة على وضع حد للمخالفات التي تشهدها الساحة العقارية على غرار الأحكام الواردة في القانون المدني، و هذا بالرغم من إجتهاد المشرع في هذا المجال، فالنصوص القانونية عرفت تراكما كبيرا و لكن العيب يكمن في تطبيق هذه القوانين و فرض الرقابة الكفيلـة بردع المخالفين .

الخاتمة

إن البحث في واقع ومستقبل الملكية العقارية بصفة عامة و البناء على أرض الغير بصفة خاصة، يستدعي دراسات متعددة ومتخصصة حتى نتمكن من الإلمام بمختلف جوانب هذا الموضوع المعقد والمتشعب في آن واحد .

وإنطلاقا مما جاء في دراستنا لاحظنا أن المشاكل المرتبطة بالقانون العقاري متعددة الأوجه، فالبناء على أرض الغير لا يرتبط بالقانون المدني أو القوانين الخاصة فحسب و إنما يتعدى ذلك إلى القانون الإداري، ليخرج من دائرة العلوم القانونية و يدخل في أنظمة وعلوم مختلفة كإرتباطه بعلم الإجتماع، و لذلك فإن أي محاولة لإيجاد حل لهذه المشكلة لن تكلل بالنجاح إلا إذا تظافرت جميع الجهود في محاولة لحلها .

و على الرغم من إجتهاد المشرع الجزائري في الميدان العقاري و ذلك بإصدار عدد هائل من النصوص القانونية، إلا أن الجزائر تعرف ظاهرة تفشي المخالفات وخاصة البناء على أرض الغير على نحو لا يعكس لنا مدى إجتهاد المشرع في هذا المجال، مما جعلنا نتساءل أين يكمن العيب هل هو في النصوص القانونية أم أن العيب يرجع إلى غياب الرقابة على المباني و فرض إحترام القوانين المنظمة للعمران أو لسبب آخر ؟ .

لقد إنطلقنا في الإجابة على هذا السؤال من الأحكام الواردة في القانون المدني، ووجدنا أن هذه الأحكام عجزت على مواكبة التطور الذي عرفته الساحة العقارية ميدانيا، مما جعلنا نلتمس الحل في القوانين الخاصة فوجدناها على كثرتها و تشعبها قد فشلت هي الأخرى في حل هذه المشكلة و بقي نفس السؤال مطروحا .

لكننا و كلما أشرف البحث على نهايته كلما توضح لنا السبب الرئيسي لهذا الفشل .

صحيح أن المشرع الجزائري إجتهد في الميدان العقاري و أصدر جملة من النصوص القانونية، لكن العيب يكمن في تطبيق هذه النصوص القانونية و توفير آليات مراقبة صارمة من أجل ذلك، و الوقوف على إستراتيجية جدية و ثابتة تمكن من المضي نحو الحل النهائي لهذا المشكل و الإبتعاد عن الحلول الظرفية .

و على هذا الأساس فإنه ينبغي بعث و تنشيط دور البلديات في تسيير العقار والتحكم فيه، باعتبار أن البلدية هي الهيئة اللامركزية الأولى التي يمكنها أن تتحكم في العقار، على أن

يتم تدعيمها بالوسائل المادية و البشرية الكفيلة بتحقيق ذلك و من بينها تدعيمها بمخطـط ينظم الملكية العقارية في حدود كل بلدية و كذا بالكفاءات و ذوي الخبرة فـي الميـدان العقاري هذا من جهة .

و من جهة أخرى ينبغي إتمام عملية مسح الأراضي العام التي تشكل الركيزة الأساسية في الإصلاح العقاري، وتمكن من تحديد دقيق و شامل للمخزون العقاري وكـذا ضـبطه و التحكم فيه بشكل عقلاني .

إن إرتباط القانون العقاري بمختلف فروع القانون و خاصة بالقانون الإداري يدعونا مرة أخرى أن ننادي بضرورة أن ينفصل القانون العقاري عن فروع القانون الأخـرى، و أن ينفرد كفرع مستقل و يدخل في إطار التخصص القانوني .

ومن جهة أخرى ينبغي جمع القوانين المنظمة للميدان العقاري في مرجع واحد حتى يسهل على الباحثين ورجال القانون إيجاد النصوص القانونية المتناثرة هنا وهناك فـي الجرائـد الرسمية، و إن هذا الأمر لا يتأتى إلا بتظافر جميع الجهـود وإستـشارة ذوي الخبـرة و الكفاءة من أجل الإلمام بكافة جوانب المسألة .

وفي النهاية يبقى نجاح أي سياسة عقارية مرهون بمدى وعي المواطن وإدراكه أن البناء على أرض الغير يشكل إعتداءا على حق الغير و إعتداءا على القانون، و لذلك ينبغي أن تطبق القوانين بصرامة بغرض حمل الأفراد على إحترامها .

يتم ترتيب المواد في هذا الملحق تبعا لتسلسل ورودها في المذكرة :

المادة ٧٧٩ مدني : تكون ملكا للدولة الأرض التي ينكشف عنها البحر .
لا يجوز التعدي على أرض البحر و الأرض التي تستخلص بكيفية صناعية من ميـاه البحـر تكون ملكا للدولة .
المادة ٧٨٠ مدني: إن مالكي الأراضي الملاصقة للمياه الراكدة كمياه البحيـرات و البـرك لا يملكون الأراضي التي تنكشف عنها هذه المياه و لا تزول ملكيتهم عن الأراضي التـي طغـت عليها المياه .
المادة ٧٧٨ مدني: الأراضي التي تتكون من طمي يجلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة تكون ملكا للمالكين المجاورين .
المادة ٧٨٣ مدني: يكون ملكا خالصا لصاحب الأرض ما يحدثه فيها من غـراس أو بنـاء أو منشآت أخرى يقيمها بمواد مملوكة لغيره إذا لم يكن ممكنا نزع هـذه المـواد دون أن يلحـق المنشآت ضرر جسيم أو كان ممكنا نزعها و لكن لم ترفع الدعوى بالاسترداد خلال سنة مـن اليوم الذي علم فيه مالك المواد أنها اندمجت في هذه المنشآت .
إذا تملك صاحب الأرض المواد كان عليه أن يدفع قيمتها مع التعويض عن الضرر الحاصل إذا اقتضى الحال ذلك .
و في حالة إسترداد المواد من صاحبها فإن نزعها يكون على نفقة مالك الأرض .
المادة ٨٣٥ مدني: من حاز بسند صحيح منقولا أو حقا عينيا على المنقول أو سندا لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته .
إذا كان حسن النية و السند الصحيح قد توافر لدى الحائز في اعتباره الشيء خاليا من التكاليف و القيود العينية فإنه يكسب ملكية الشيء خالية من هذه التكاليف و القيود العينية .
و الحيازة في ذاتها قرينة على وجود السند الصحيح و حسن النية ما لم يقم دليل على خلاف ذلك .
المادة ٨٤٧ مدني: على المنتفع أن يستعمل الشيء بحالته التي تسلمه بها و بحسب ما أعد له و أن يديره إدارة حسنة .

و للمالك أن يعترض على أي إستعمال غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة الشيء فإذا أثبت أن حقوقه في خطر جاز له أن يطالب بتقديم تأمينات فإن لم يقدمها المنتفع أو استمر على الرغم من اعتراض المالك في استعمال الشيء استعمالا غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة الشيء فللقاضي أن ينزع العين من تحت يده و أن يسلمها إلى الغير ليتولى إدارتها بل له تبعا لخطورة الحال أن يقرر انتهاء حق الإنتفاع دون إخلال بحقوق الغير .

المادة ١٦ من قانون ٧٥/ ٧٤ المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري: إن العقود الإدارية و الإتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو إنقضاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية .

المادة ٣٦٤ مدني: يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع .

المادة ٧١٧ مدني : للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا في سبيل تحسين الإنتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية و التعديل في الغرض الذي أعد له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقي الشركاء و لمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان .

و للمحكمة عند الرجوع إليها إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية أن تقرر مع هذا كل ما تراه مناسبا من التدابير و لها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن له الوفاء بما قد يستحق من التعويضات .

المادة ٥٥٥ من القانون المدني الفرنسي :

Lorsque les plantations constructions et ouvrages ont été faits par un tiers et avec des matériaux appartenant à ce dernier le propriétaire du fonds à le droit sous réserve des dispositions de l alinéa ٤ soit d'en conserver la propriété soit d'obliger le tiers à les enlever .
Si le propriétaire du fond exige la suppression des constructions plantations et ouvrages elle est exécutée aux frais du tiers sans aucune indemnité pour lui le tiers peut en outre être condamné à des dommages- intérêts pour le préjudice éventuellement subi par le propriétaire du fonds .
Si le propriétaire du fonds préfère conserver la propriété des constructions plantations et ouvrages il doit à son choix rembourser au tiers soit une somme égale à celle dont le fonds à augmenté de valeur soit le coût des matériaux est le prix de la main d'œuvre estimés à la date du remboursement compte tenue de l état dans lesquels se trouvent lesdites constructions plantations et ouvrages .
Si les plantations constructions et ouvrages ont été faits par un tiers évincé qui n aurait pas été condamné en raison de sa bonne foi à la restitution des fruits le propriétaire ne pourra exiger la

suppression desdits ouvrages constructions et plantations mais il aura le choix de rembourser au tiers l une ou l autre des sommes visés à l alinéa précédent .

المادة ٩٢٤ من القانون المدني المصري: إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت علـى أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضاء صاحب الأرض كان لهذا أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه و ذلك في ميعاد سنة من اليوم الذي يعلم فيـه بإقامـة المنشآت أو أن يطلب إستبقاء المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت .

و يجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضررا إلا إذا إختار صاحب الأرض أن يستبقي المنشآت طبقا لأحكام الفقرة السابقة .

المادة ٢٥ من المرسوم رقم ٦٣/٧٦ المؤرخ في ٢٥ مارس ١٩٧٦ يتعلق بتأسيس الـسجل العقاري: كل تغيير لحدود وحدة عقارية يكون موضوع إعداد بطاقات مطابقة و ذلك بعد ترقيم الوحدات الجديدة و يؤشر على البطاقات الأصلية و الجديدة بعبارة يكون كمرجع فيما بينها .

المادة ٣١ من المرسوم رقم ٦٣/٧٦ : كل تعديل فيما تحتوي عليه قطعة يكون موضوع إعداد بطاقات خاصة مطابقة و ذلك بعد ترقيم القطع الجديدة .

و يؤشر على البطاقة الأصلية و الجديدة بعبارة تكون كمرجع فيما بينها .

المادة ٨٨ من المرسوم رقم ٦٣/٧٦ : لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار في محافظة عقارية في حالة عدم وجود إشهار مسبق أو مقارن للعقد أو للقرار القضائي أو لشهادة الإنتقـال عـن طريق الوفاة يثبت حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير و ذلك مع مراعاة أحكام المـادة ٨٩ أدناه .

و المتصرف أو صاحب الحق الأخير يعني الشخص الذي يكون حقه قد تم تحويله أو تعديله أو تثبيته أو ترتيب حقوق عليه أو انقضائه بموجب الإجراء الذي طلب الإجراء من أجله .

إنه ابتداء من الإشهار المعطى للعقد أو للقرار القضائي أو للشهادة الموثقة المثبتة الحق لصاحبه الجديد لا يمكن القيام بأي إجراء من قبل الشخص الرئيسي أو ضد الصاحب السابق لهذا الحـق دون الإخلال بإشهار الطلبات القضائية الرامية إلى فسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حق عينـي عقاري .

المادة ٧٩٣ مدني : لا تنتقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون و بالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار .

المادة ٢٩ من القانون رقم ٩٠/ ٢٥ المؤرخ في ١٨ نوفمبر ١٩٩٠المتعلق بالتوجيه العقاري :

يثبت الملكية الخاصة للأملاك العقارية و الحقوق العينية عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري .

المادة ٣٩ من قانون ٢٥/٩٠ : يمكن كل شخص حسب مفهوم المادة ٨٢٣ من الأمر رقم ٧٥-٥٨ المؤرخ في ٢٦ سبتمبر ١٩٧٥ يمارس في أراضي الملكية الخاصة التي لم تحرر عقودها ملكية مستمرة و غير منقطعة و هادئة و علانية لا تشوبها شبهة أن يحصل على سند حيازي يسمى شهادة الحيازة و هي تخضع لشكليات التسجيل و الإشهار العقاري و ذلك في المناطق التي لم يتم فيها إعداد سجل مسح الأراضي .

و يبقى تسليم شهادة الحيازة في المناطق الرعوية خاضعا للقانون الخاص المعلن عنه في المادة ٦٤ أدناه .

المادة ٤٢ من قانون ٢٥/٩٠ : شهادة الحيازة اسمية لا يجوز بيعها و إذا توفي الحاصل على شهادة الحيازة أو توفي أحد الحاصلين عليها تكون أمام الورثة أو المشتركين الآخرين في الحيازة إن اقتضى الأمر مدة سنة ابتداءا من تاريخ الوفاة لطلب تسليم شهادة جديدة باسمهم و يشمل هذا التسليم حق الحلول قانونا محل الحاصل أو الحاصلين على شهادة الحيازة القديمة .

و إن لم يقع الإختيار خلال الأجل المخصص ألغيت الشهادة المذكورة .

المادة ٤٣ من قانون ٢٥/٩٠: لا يترتب على تسليم شهادة الحيازة تغيير في وضعية العقار القانوني .

غير أنه مع استثناء التحويل المجاني أو بمقابل مالي يحق لمن يحوز قانونيا شهادة الحيازة أن يتصرف تصرف المالك الحقيقي ما لم يقرر القضاء المختص غير ذلك .

المادة ٨٢٧ مدني: من حاز منقولا أو عقارا أو حقا عينيا منقولا كان أو عقارا دون أن يكـون مالكا له أو خاصا به صار له ذلك ملكا إذا استمرت حيازته له مدة خمسة عشرة سـنة بـدون انقطاع .

المادة ٨٩ من المرسوم ٦٣/٧٦ :تستثنى القاعدة المدرجة في الفقرة الأولى مـن المـادة ٨٨ أعلاه.

- عند الإجراء الولي الخاص بشهر الحقوق العقارية في السجل العقاري و الذي يـتم تطبيقـا للمواد من ٨ إلى ١٨ من هذا المرسوم .

- عندما يكون حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير ناتجا عن سند اكتسب تاريخا ثابتا قبـل أول يناير ١٩٧١ .

المادة ٥٠ من قانون رقم ٢٩/٩٠ المؤرخ في ١ ديسمبر ١٩٩٠ يتعلق بالتهيئة و التعمير :

حق البناء مرتبط بملكية الأرض و يمارس مع الاحترام الصارم للأحكام القانونية و التنظيميـة المتعلقة باستعمال الأرض .

و يخضع لرخصة البناء أو التجزئة أو الهدم .

المادة ٥٢ من قانون رقم ٢٩/٩٠ : تشترط رخصة البناء من أجل تشييد البنايات الجديدة مهما كان استعمالها و لتمديد البنايات الموجودة و لتغيير البناء الذي يمس الحيطان الضخمة منـه أو الواجهات المفضية على الساحة العمومية و لإنجاز جدار صلب للتدعيم أو التسييج .

تحضر رخصة البناء و تسلم في الأشكال و بالشروط و الآجال التي يحددها التنظيم .

المادة ٥٣ من قانون رقم ٩٠/ ٢٩ : لا تخضع لرخصة البناء البنايات التي تحتمـي بـسرية الدفاع الوطني و التي يجب أن يسهر صاحب المشروع على توافقها مع الأحكام التـشريعية و التنظيمية في مجال التعمير و البناء .

قائمة المراجع

المراجع باللغة العربية:

أولا : المؤلفات :

٠١- الدكتور توفيق حسن فرج " الحقوق العينية الأصلية " المكتبة القانونيـة، الـدار الجامعية للطباعة و النشر .

٠٢- الدكتور جمال خليل النشار " النية و أثرها في البناء في ملك الغير " دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة ١٩٩٩ .

٠٣- الأستاذ حمدي باشا عمر " نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام" دار هومة، طبعة ٢٠٠٢ .

٠٤- الدكتور رمضان أبو السعود " الوجيز في شرح الحقوق العينية الأصلية، أحكـام الحقوق العينية الأصلية و مصادرها " الدار الجامعية للطباعة و النشر، طبعة ١٩٩٧ .

٠٥- الدكتور عبد الرزاق السنهوري " الوسيط في شرح القانون المدني أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية " الجزأ التاسع دارالنهضة العربية طبعة ١٩٦٨ .

٠٦- الدكتور عبد المنعم فرج الصده " الحقوق العينية الأصلية، دراسة فـي القـانون اللبناني و المصري " دار النهضة العربية للطباعة والنشر طبعة ١٩٧٨ .

٠٧- الدكتور علي علي سليمان " شرح القانون المدني الليبي، الحقوق العينية الأصلية والتبعية " منشورات جامعة بنغازي .

٠٨- الدكتور علي علي سليمان " ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري " ديوان المطبوعات الجامعية طبعة ١٩٩٢ .

٠٩- الأستاذ محمد حسين منصور " الحقوق العينية الأصلية " الدار الجامعية للطباعة والنشر طبعة ٢٠٠٠ .

١٠- الدكتور محمد المنجي " موسوعة الدعاوى العملية، دعوى ثبوت الملكية، مراحل الدعوى من تحرير الصحيفة إلى الطعن بالنقض " منشأة المعارف الإسكندرية الطبعة الثالثة ١٩٩٩ .

١١- الدكتور محمد وحيد الدين سوار " شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، الأشياء و الأموال، حق الملكية والحقوق المتفرعة عنه، أسباب كسب الحقوق العينية " مطبعة دار الحياة دمشق الطبعة الثانية ١٩٧٦-١٩٧٧ .

١٢- الأستاذ منصور مصطفى منصور " حق الملكية في القانون المصري " طبعة ١٩٦٥.

ثانيا : الرسائل العلمية :

٠١- بن عيسى سعيدة " العقد العرفي في بيع العقار " مذكرة لنيل شهادة الماجستير جامعة البليدة ٢٠٠٢ .

٠٢- زهيرة دبيح " أزمة البناية اللاشرعية و طرق معالجتها " بحث لنيل شهادة الماجستير كلية الحقوق بن عكنون ٢٠٠١ .

٠٣- زواوي فريدة " الحيازة كسبب من الأسباب لكسب الملكية في القانون الجزائري " رسالة ماجستير معهد الحقوق و العلوم الإدارية بن عكنون ١٩٨٧ .

٠٤- سماعين شامة " الأدوات القانونية للسياسة العقارية في الجزائر منذ ١٩٩٠ " رسالة ماجستير معهد الحقوق بن عكنون ١٩٩٩ .

٠٥- صداقي عمر " شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري " رسالة ماجستير معهد الحقوق و العلوم الإدارية بن عكنون ١٩٨٤.

٠٦- موسى نسيمة " حجية العقود المشهرة " رسالة ماجستير كلية الحقوق ١٩٩٩ .

ثالثا : المجلات و النشرات القضائية :

٠١- المجلة القضائية العدد الرابع سنة ١٩٨٩ .

٠٢- المجلة القضائية العدد الثالث و الرابع لسنة ١٩٩٠ .

٠٣- المجلة القضائية العدد الثاني و الثالث لسنة ١٩٩١ .

٠٤- المجلة القضائية العدد الأول سنة ١٩٩٢.
٠٥- المجلة القضائية العدد الثاني سنة ١٩٩٣ .
٠٦- المجلة القضائية العدد الأول سنة ١٩٩٧ .
٠٧- المجلة القضائية العدد الأول سنة ١٩٩٩ .
٠٨- المجلة القضائية العدد الأول سنة ٢٠٠٠ .
٠٩- المجلة القضائية العدد الثاني سنة ٢٠٠١ .
١٠ - نشرة القضاة، العدد الأول، جانفي ١٩٨٥.

رابعا : النصوص القانونية:

١/ القـــوانــيــن :

- القانون رقم ٠٢/٨٢ المؤرخ في ٦ فبراير ١٩٨٢ المتعلق برخـصة البنـاء و رخـصة تجزئة الأراضي، الجريدة الرسمية العدد ٦ .
- القانون رقم ١٦/٨٤ المؤرخ في ٣٠ جوان ١٩٨٤ المتعلق بالأملاك الوطنية ، الجريـدة الرسمية العدد ٢٧ .
- القانون رقم ٠١/٨٥ المؤرخ في ١٣ أوت ١٩٨٥ يحدد إنتقاليا قواعد شـغل الأراضـي قصد المحافظة عليها و حمايتها ، الجريدة الرسمية العدد ٤٧ .
- القانون رقم ٢٥/٩٠ المؤرخ في ١٨ نوفمبر ١٩٩٠ يتضمن التوجيه العقاري، الجريـدة الرسمية العدد ٤٩ .
- القانون رقم ٣٠/٩٠ المؤرخ في ١ ديسمبر ١٩٩٠ يتعلق بالأملاك الوطنيـة ، الجريـدة الرسمية العدد ٥٢ .
- القانون رقم ٢٩/٩٠ المؤرخ في ١ ديسمبر ١٩٩٠ المتعلق بالتهيئة والتعميـر، الجريـدة الرسمية العدد ٥٢ .

٢/ الأوامــــــر :

- الأمر رقم ٩١/٧٠ المؤرخ في ١٥ ديسمبر ١٩٧٠ يتضمن تنظـيم التوثيـق، الجريـدة الرسمية العدد ١٠٧ .

- الأمر رقم ٧٣/٧١ المؤرخ في ٨ نوفمبر ١٩٧١ المتضمن الثورة الزراعيـة، الجريـدة الرسمية العدد ٩٧ .

- الأمر رقم ٢٦/٧٤ المؤرخ في ٢٠ فبراير ١٩٧٤ المتعلق بالإحتياطات العقارية البلديـة، الجريدة الرسمية العدد ١٩ .

- الأمر رقم ٥٨/٧٥ المؤرخ في ٢٦ سبتمبر ١٩٧٥ المتضمن القانون المـدني، الجريـدة الرسمية العدد ٧٨ .

- أمر رقم ٧٤/٧٥ المؤرخ في ١٢ نوفمبر ١٩٧٥ المتضمن إعداد مسح الأراضي العـام وتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية العدد ٩٢ .

- الأمر رقم ٦٧/٧٥ المؤرخ في ٢٦ سبتمبر ١٩٧٥ المتعلق برخصة البنـاء و التجزئـة، الجريدة الرسمية العدد ٨٣ .

- الأمر الرئاسي رقم ٤٤٠/٩٢ الصادر في ٢ ديسمبر ١٩٩٢ يتـضمن المـصادقة علـى القرض الممنوح من قبل البنك الدولي، الجريدة الرسمية العدد ٨٧ .

٣/ **المـراسيـم :**

- المرسوم رقم ٢٨/٧٦ المؤرخ في ٧ فيفري ١٩٧٦ الذي يحدد كيفية تحديـد الحاجيـات العائلية لمالكي الأرض في ميدان البناء ، الجريدة الرسمية العدد ١٧ .

- المرسوم التنفيذي رقم ٦٢/٧٦ المؤرخ في ٢٥ مارس ١٩٧٦ المتعلـق بإعـداد مـسح الأراضي العام ، الجريدة الرسمية العدد ٣٠ .

- المرسوم رقم ٦٣/٧٦ المؤرخ في ٢٥ مارس ١٩٧٦ المتعلق بتأسيس السجل العقـاري ، الجريدة الرسمية العدد ٢٣ .

- المرسوم رقم ٣٥٢/٨٣ المؤرخ في ٢١ ماي ١٩٨٣ يتضمن إعداد عقد الشهرة ، الجريدة الرسمية العدد ٢١ .

- المرسوم التنفيذي رقم ٢١١/٨٥ المؤرخ فـي ١٣ أوت ١٩٨٥ يحـدد كيفيـات تـسليم رخـصة
البناء و رخصة تجزئة الأراضي للبناء ، الجريدة الرسمية العدد ٣٤ .

- المرسوم رقم ٢١٢/٨٥ المؤرخ في ١٣ أوت ١٩٨٥ المحدد لشروط تسوية أوضاع الذين يشغلون فعلا أراضي عمومية أو خصوصية كانت محل عقود و/أو مباني غيـر مطابقـة

للقواعد المعمول بها و شروط إقرار حقوقهم في التملك و السكن ، الجريدة الرسمية العدد ٣٤ .

- المرسوم رقم ٠٢/٨٦ المؤرخ في ٧ يناير ١٩٨٦ يضبط كيفيات تحديد أسـعار شـراء البلديات للأراضي الداخلة في إحتياطاتها العقارية و أسعار بيعها ، الجريدة الرسمية العدد ٠١ .

- المرسوم التنفيذي رقم ٢٣٤/٨٩ المؤرخ في ١٩ ديسمبر ١٩٨٩ يتضمن إنشاء الوكالـة الوطنية لمسح الأراضي ، الجريدة الرسمية العدد ٥٤ .

- المرسوم التنفيذي رقم ٢٥٤/٩١ المؤرخ في ٢٧ يوليو ١٩٩١ يحدد كيفيات إعداد شهادة الحيازة وتسليمها ، الجريدة الرسمية العدد ٣٦ .

- المرسوم التنفيذي رقم ١٧٦/٩١ المؤرخ في ٢٨ ماي ١٩٩١ يحدد كيفيات تحضير شهادة التعمير و رخصة التجزئة و شهادة التقسيم و رخصة البناء و شهادة المطابقة و رخـصة الهدم، الجريدة الرسمية العدد ٢٦ .

- المرسوم التنفيذي رقم ١٧٧/٩١ المؤرخ في ٢٨ ماي ١٩٩١ يحـدد إجـراءات إعـداد المخطط التوجيهي للتهيئة و التعمير و المصادقة عليه، الجريدة الرسمية العدد ٢٦ .

- المرسوم التنفيذي رقم ١٧٨/٩١ المؤرخ في ٢٨ ماي ١٩٩١ يتضمن إجـراءات إعـداد مخطط شغل الأراضي، الجريدة الرسمية العدد ٢٦ .

- المرسوم التنفيذي رقم ١٣٤/٩٢ المؤرخ في ٧ أفريل ١٩٩٢ يعـدل و يـتمم المرسـوم المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام رقم ٦٢/٧٦ ، الجريدة الرسمية العدد ٢٦ .

- مرسوم تشريعي رقم ٠٧/٩٤ المؤرخ في ١٨ ماي ١٩٩٤ المتعلـق بـشروط الإنتـاج المعماري و ممارسة مهنة المهندس المعماري ، الجريدة الرسمية العدد ٣٢ .

- المرسوم التنفيذي رقـم ٣١٨/٩٥ المؤرخ في ١٤ أكتوبر ١٩٩٥ يحـدد شروط تـعيين الأعوان الموظفين المؤهـلين لتقصي مخالفات التشريع و التنظيم و معاينتها فـي مـيدان الهندسة المعمارية و التعمير، الجريدة الرسمية العدد٦١ .

٤/ القرارات و التعليمات الوزارية المشتركة :

- قرار وزاري مشترك بتاريخ ١٣ سبتمبر ١٩٩٢ يتعلق بحقوق البنـاء المطبقـة علـى الأراضي الواقعة خارج المناطق العمرانية للبلديات، الجريدة الرسمية العدد ٨٦ .

- قرار وزاري مشترك بتاريخ ٩ يوليو ١٩٩٤ يتضمن التنظيم الداخلي للوكالة الوطنيـة لمسح الأراضي، الجريدة الرسمية العدد ٧٣ .
- التعليمة الوزارية المشتركة الصادرة في ١٣ أوت ١٩٨٥ تتعلق بمعالجة البنـاء غيـر المشروع ، الجريدة الرسمية العدد ٣٤ .
- التعليمة الوزارية رقم ١ المؤرخة في ٢ جانفي ١٩٩٣ المتعلقة بتحرير سندات الملكيـة لصالح المواطنين المستفيدين من أراضي البناء في إطار الإحتياطات العقارية البلدية .
- التعليمة الوزارية رقم ٢ المؤرخة في ٣١ جويلية ١٩٩٤ متعلقة بتحرير سندات الملكيـة لفائدة متعاملي الترقية العقارية أوالنشاطات الصناعية الخاصة بالقطع الممنوحة في إطـار الإحتياطات العقارية البلدية .

المراجع باللغة الفرنسية :

1- S. BENDJABALLAH "Jeux et enjeux autour des terres constructibles". revue IDARA volume 9 - N°1/1999.

2- Jean - Luc MAILLOT. "Hésitations et controverses autour du permis de construire tacite", Petites affiches, 31 Juillet 2000 N° 151.

3- J-P. Delmas-Saint-Hilaire." De l'application de l'article 555 du code civil dans les rapports des personnes qu'unit un lien d'obligation" , Revue trimestrielle de droit civil ; Sirey 1959.Tome 57.

4 -Jacqueline MORAND- DEVILLER , "Permis de construire et régles de droit privé", Revue de droit immobilier ,Juillet- Septembre 1983.

5- La semaine juridique, Edition générale .N°23, 6 juin 2001, Edition Juris - classeur.

6- RAKOTOVAHINY Marie - Andrée . "La construction illégale : bref état des lieux" , Petites affiches, 3 Aout 2000 , N° 154 .

الـــــفـهــــرس

المقدمة ٠١

الفصل الأول : أحكام البناء على أرض الغير في القانون المدني............**....** ٠٧

المبحث الأول :مقومات الإلتصاق..**....** ٠٨

المطلب الأول : تعريف الإلتصاق وحالاته.......................................**...** ٠٨

الفرع الأول : تعريف الإلتصاق ٠٩

الفرع الثاني : حالات الإلتصاق... ١٣

المطلب الثاني : شروط تطبيق قواعد الإلتصاق في حالة إقامة المنشآت على أرض الغير.. ١٨

الفرع الأول : عدم ملكية من أقام المنشآت للأرض..............................**...** ١٩

الفرع الثاني : إقامة صاحب المنشآت المنشآت لحساب نفسه.................... ٢١

الفرع الثالث : عدم وجود أحكام خاصة بشأن المنشآت ٢٢

الفرع الرابع : عدم وجود إتفاق يخالف أحكام الإلتصاق ٢٥

الفرع الخامس : وجود المنشآت و أن يكون قصد بقاؤها على الدوام ٢٨

المبحث الثاني : النية و أثرها في البناء على أرض الغير....................... ٣٠

المطلب الأول : سوء النية و أثره في البناء على أرض الغير ٣٠

الفرع الأول : المقصود بسوء النية**...** ٣١

الفرع الثاني : أثر سوء النية في البناء على أرض الغير **..................** ٣٢

أولا : موقف صاحب الأرض.. ٣٤

الخيار الأول : طلب إزالة المنشآت.................................... ٣٤

الخيـــــــار الثـــــــاني : اســـــــتبقاء البنـــــــاء وتملكه**....................................** ٣٧

ثانيا : موقف الباني سيء النية**...** ٣٨

المطلب الثاني : حسن النية و أثره في البناء على أرض الغير.................... ٤٠

الفـــــــــرع الأول : المقـــــــــصود بحـــــــــسن النية............................... ٤٠
الفرع الثاني : أثر حسن النية في البناء على أرض الغير ٤٢
أولا : تملك صاحب الأرض للبناء ما لم يطلب صاحب البناء نزع مواده ٤٢
ثانيا : حقوق الباني إذا تملك صاحب الأرض البناء......................... ٤٣
الخيار الأول : دفع ما زاد في قيمة الأرض بسبب البناء ٤٣
الخيار الثاني : دفع قيمة المواد و أجرة العمل.......................... ٤٤
الفرع الثالث : إجراء الشهر للبناء الملتصق و أحكامه....................... ٥٠
أولا : شهر صاحب الأرض للبناء الملتصق بأرضه ٥٠
ثانيا : شهر الباني للبناء الذي أقامه على أرض الغير......................... ٥٢
المطلب الثالث : أداء التعويض لصاحب المنشآت.............................. ٥٣
الفرع الأول : حبس صاحب المنشآت للمنشآت حتى يستوفي التعويض ٥٤
الفرع الثاني : حق صاحب الأرض في تقسيط دفع التعويض ٥٥
خلاصة الفصل الأول.. ٥٦
الفصل الثاني : القواعد الخاصة التي تسري على المنشآت المقامة على أرض الغير.. ٦٠
المبحث الأول : سياسة الإحتياطات العقارية و التسوية في قانون ٠١/٨٥ .... ٦١
المطلب الأول : سياسة الإحتياطات العقارية و إنعكاساتها على البناء على أرض الغير ٦٢
الفرع الأول : سياسة الإحتياطات العقارية.................................... ٦٣
الفرع الثاني : إنعكاسات تطبيق سياسة الإحتياطات العقارية على البناء على أرض الغيـــر ٦٦
المطلب الثاني : تسوية وضعية الأراضي المعنية بقانون ٠١/٨٥ .... ٦٨
الفـــــــــرع الأول : الحـــــــــالات القابلـــــــــة ٧٠

للتسوية.........................
أ ولا : الصفة القانونية للقاعدة العقارية.. ٧٠
ثانيا : إحترام قواعد البناء و التعمير ٧٥
ثالثا : تحديد الهدف من البناء و استعماله.. ٧٦
رابعا : الموقع الذي أقيم فيه البناء.. ٧٦
الفرع الثاني : الحالات غير القابلة للتسوية ٧٧
الفرع الثالث : إجراءات التسوية.. ٧٨
أولا : على مستوى ٧٨
البلدية..
ثانيا : على مستوى ٨٠
الدائرة..
ثالثا : على مستوى ٨١
الولاية..
المبحث الثاني : الإستراتيجية المتبعة للحد من البناء على أرض الغير في
ظل التشريعات الجديدة.. ٨٣
المطلب الأول : إصلاح أنظمة ملكية الأراضي.. ٨٤
الفرع الأول : تسوية وضعية أراضي البناء الممنوحة في إطار الإحتياطات ٨٤
العقارية**..**
أولا : الدمج النهائي ضمن الإحتياطات العقارية.. ٨٥
ثانيا : إحتفاظ الملاك الأصليين بملكية أراضيهم.. ٨٥
الفرع الثاني : مسح الأراضي العام.. ٨٨
الفرع الثالث : إنشاء شهادة الحيازة.. ٩٢
أولا : شروط تسليم شهادة ٩٢
الحيازة..
ثانيا : آثار تسليم شهادة الحيازة.. ٩٤

الفرع الرابع : بطلان العقود العرفية الناقلة للملكية العقارية.................... ٩٩
المطلب الثاني : توجيه و مراقبة الأراضي العمرانية.......................... ١٠٢
الفرع الأول : أدوات التوجيه الخاصة بالأراضي العمرانية ١٠٢
أولا : المخطط التوجيهي للتهيئة و التعمير و مخطط شغل الأراضي.......... ١٠٣
ثانيا : آثار أدوات التعمير على البناء على أرض الغير...................... ١٠٤
الفرع الثاني : تنظيم الرخص المتعلقة بإستغلال الأراضي العمرانية ١٠٦
أولا : رخـــصة البناء........................ ١٠٧
ثانيا : رخصة التجزئة.. ١١١
الفرع الثالث : مراقبة تغيير وجهة الأراضي الفلاحية و البناء عليها ١١٢
أولا : تحويل الأراضي الخصبة أو الخصبة جدا............................ ١١٢
ثانيـــــــــا : بالنـــــــــسبة لأصـــــــــناف الأراضـــــــــي الأخرى................................... ١١٢
الفرع الرابع : شرطة العمران.. ١١٤
خلاصة الفصل الثاني.. ١١٦
الخاتمة ١٢١
الملحق ١٢٣
قائمة المراجع... ١٢٩
الفهرس ١٣٥